Der Begriff des Verwaltungsverfahrens nach Artikel 84 Abs. 1 GG.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
MARTIN FERGER
aus Reutlingen

1962

Fotodruck Wohlfarth Metzingen

7357

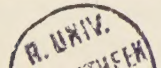
Der Begriff des Verwaltungsverfahrens nach Artikel 84 Abs. 1 GG.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
MARTIN FERGER
aus Reutlingen

1962

Fotodruck Wohlfarth Metzingen



Dekan:	Prof. Dr. Joachim Gernhuber
1. Berichterstatter:	Prof. Dr. Otto Bachof
2. Berichterstatter:	Prof. Dr. Martin Heckel

Tag der mündlichen Prüfung: 22. November 1962

Inhaltsverzeichnis

		Seite
Literaturverzeichnis		I - XI
Einleitung		1
Kapitel I	Entstehungsgeschichte des Art. 84 GG	4
1)	Entstehungsgeschichte des Art. 84 GG im Ganzen	5
2)	Entstehungsgeschichte des Art. 84 Abs. 1 GG	6
Kapitel II	Die Abgrenzung von verwaltungsgerichtlichem Verfahren und Verwaltungsverfahren	10
1)	Die Ansätze zur Entwicklung der modernen Verwaltungsgerichtsbarkeit	11
2)	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik	16
3)	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach Erlass des Grundgesetzes	20
a)	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Ausübung richterlicher Gewalt	20
b)	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit und ihre Trennung von der Verwaltung entsprechend dem Grundsatz der Gewaltenteilung	21
Kapitel III	Die Abgrenzung von materiellem Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht	
Teil 1:	Die Begriffe "materielles Recht" und Prozessrecht	29
1)	Die Begriffe "materielles Recht" und Prozessrecht	29
2)	Bemerkungen zu den "doppelfunktionellen Normen", den "prozessualen Rechten und Pflichten" und dem Wesen des Prozesses	35
Teil 2:	Das Verwaltungsverfahren	43
I	Der Begriff "Verfahren" allgemein	43
II	Der Begriff des Verwaltungsverfahrens	44
III	Das materielle Verwaltungsrecht	45

Seite

Kapitel III

Teil 2: Das Verwaltungsverfahren

IV Das Verwaltungsverfahren 50

1) Der Sinn und das Wesen des Verwaltungsverfahrens 50

2) Das Verhältnis Behörde-Bürger als der Regelungsbereich des Verwaltungsverfahrens 52

3) Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsorganisation 57

4) Das Verwaltungsverfahren als das Verfahren der hoheitlichen Verwaltung 64

5) Bettermanns Beschreibung des Verwaltungsverfahrens 66

a) Für welche Behörden gilt das Verwaltungsverfahrensrecht? 66

b) Die Entscheidung der Verwaltungsbehörden 67

c) Allgemeine Bemerkungen 67

6) Abgrenzung von materiellem Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht 68

Kapitel IV Spezielle Probleme des Verwaltungsverfahrensrechts

1) Die Zuordnung von Widerruf und Rücknahme 73

a) Der Widerruf des fehlerfreien Verwaltungsakts 74

b) Die Zuordnung des Widerrufs in der Rechtsprechung 78

c) Die Rücknahme des fehlerhaften Verwaltungsakts 80

d) Die Rücknahme des nichtigen Verwaltungsakts 88

2) Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren 89

a) Rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren? 89

b) Muss im Verwaltungsverfahren stets rechtliches Gehör gewährt werden? 90

c) Folgen eines Verstosses gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren 92

Kapitel IV

Seite

2) Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren 89
d) Der Inhalt des rechtlichen Gehörs 92
e) Die Zuordnung des Anspruchs auf rechtliches Gehör 93
3) Das Recht auf Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren 93
4) Die Begründung von Verwaltungsakten 94
5) Die Form von Verwaltungsakten 96
6) Die Verfahrensbeteiligten 97

Kapitel V Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit 99
1) Der Zusammenhang von Verwaltungsverfahren und von Verwaltungsgerichtsverfahren 99
2) Zweck und Sinn des Verwaltungsverfahrens als Einrichtung des Rechtsschutzes im weiteren Sinne. Möglichkeiten einer Anpassung von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren 102

Kapitel VI Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrens? 113
1)Sachliche Gesichtspunkte 113
2) Die Kompetenzen zur Regelung des Verwaltungsverfahrens 122

Kapitel VII Rechtsvergleichende Bemerkungen 131
Überblick 131
1) Das Verwaltungsverfahrensrecht in Frankreich 132
2) Das Verwaltungsverfahrensrecht in Österreich 136

Zusammenfassung 147
Lebenslauf des Verfassers 154

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

Adamovich, Ludwig: Österreichisches Verwaltungsverfahren, 1926.

Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.Aug. 1919, Kommentar, 14. Aufl. 1933, unveränderter Nachdruck der 14.Aufl. 1960.

Antoniolli, Walter: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1954.

Apelt, Willibalt: Referat über Angleichung von Organisation und Verfahren in der Verwaltung von Reich und Ländern, 1929.

Arndt, Adolf: Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs, NJW 1959, S. 1297 ff.

\- - : Das rechtliche Gehör, NJW 1959, S. 6 ff.

Auby, Jean Marie: La procédure administrative non contentieuse, Rec. Sirey et Dalloz, 1956, Doctrine, 27 ff.

Bachof, Otto: Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz, SJZ 1949, Sp. 377.

\- - : Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz unter besonderer Berücksichtigung des Bonner Grundgesetzes, SJZ 1950, Sp. 161 ff und Sp. 488 ff.

\- - : Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951; zitiert als "Vornahmeklage".

\- - : Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12 (1954) S. 37 ff.

\- - : Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 287.

\- - : Verwaltungsakt und innerdienstliche Anweisung; Festschrift für Laforet, 1952, S. 285.

\- - : Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, (Bd. 1 - 3), Sonderdruck aus der JZ 1957, 1957.

\- - : Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz, 1957; zitiert als "Wehrpflichtgesetz".

\- - : Angleichung der deutschen Verfahrensordnungen, ZZP 70 (1957), S. 161 ff.

\- - : Das Ende des deutschen Verwaltungsrechts? DÖV 1958, S. 27 ff.

Bachof, Otto: Nochmals: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1958, S. 6 ff.

Bähr, Otto: Der Rechtsstaat, 1864.

Baring, Martin: Zum Widerruf von Verwaltungsakten, DVBl 1953, S. 426 ff.

Baur, Fritz: Freiwillige Gerichtsbarkeit, Bd. I, 1955.

- - : Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153, S. 393 ff.

Becker, Erich: Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14, S. 96 ff.

Becker, Franz: Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, 1960; zitiert als "Das allgemeine VV".

Beling, Ernst: Deutsches Reichsstrafprozessrecht, 1928.

Benvenuti, Feliciano: Die gegenwärtige Lage der Verwaltung und der Stand der verwaltungswissenschaftlichen Forschung in Italien, VerwArch. 48 (1957), S. 233 ff.

Bernatzik, Edmund: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886.

Bettermann, Karl August: Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17, (1958), S. 118 ff.

- - - - : Die Freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung; Festschrift für Lent, 1957, S. 17 ff.

- - - : Verwaltungsakt und Richterspruch; Gedächtnisschrift für W. Jellinek 1955, S. 361 ff.

- - - : Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in "Die Grundrechte", Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, 3. Bd., 2. Halbbd. 1959, S. 523 ff.

- - - : Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in "Die Grundrechte", Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, 3. Bd., 2. Halbbd. 1959, S. 779 ff.

Böhm, Gustav: Rechtsprobleme der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes, DVBl 1953, S. 321 ff.

Bötticher, Eduard: Abänderbarkeit und Rechtskraft im Funktionsbereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 1956, S. 582 ff.

Bühler, Ottmar: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914.

- - : Zur Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte; Festgabe für Fleiner, 1927, S. 26 ff.

- - : Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte; Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 269 ff.

Bülow, Oskar: Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, 1868; desgleichen in ZZP 27, S. 224 ff.

Dennewitz, Bodo-Wernicke, Kurt-Georg: Bonner Kommentar; Kommentar zum Bonner Grundgesetz.

Dickmann, Herbert: Die Beseitigung behördlicher Bewilligungen durch Aufhebung oder Widerruf, DÖV 1957, S. 278.

Ditfurth, H.v.: Die Zustimmung des Bundesrates bei der Gesetzgebung nach dem Grundgesetz, 1960.

Egidi: 3 Jahre Bundesverwaltungsgericht, DVBl 1956, S. 559.

Entwurf einer Verwaltungsgerichtsordnung in Württemberg mit Begründung, 1931; im Anhang: Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes für Württemberg.

Ermacora, Felix: Die Organisationsgewalt, VVDStRL 16, S. 191 ff.

Eschenburg, Theodor: Ämterpatronage, 1961.

Eyermann-Fröhler: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Aufl. 1960.

Falla, Fernando: Die gegenwärtige Lage der Verwaltung und der Stand der verwaltungswissenschaftlichen Forschung in Spanien, VerwArch. 48 (1957), S. 248 ff.

Fellner, Michael: Zur Regelung des Verwaltungsverfahrens in den Ländern, VerwArch. 48, (1957), S. 95 ff.

Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928.

Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1961; Zitate nach der 7. Aufl. 1958, zitiert als Forsthoff, Lehrb.

- - : Der lästige Jurist, DÖV 1955, S. 648.

Geiger, Willi: Das Bund-Länder-Verhältnis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bay. VBl 1955, S. 193 ff.

Giese, Friedrich: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl. 1960.

v. Gneist, Rudolf: Geschichte und heutige Gestalt der englischen Communalverfassung oder des Selfgovernment, 2. Aufl. 1863.

- - : Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, 1869.

Goldschmidt, James: Der Prozess als Rechtslage, 1925.

Gumplowicz, Ludwig : Das oesterreichische Staatsrecht, 1902

Haas, Dieter: Landesrecht vor Bundesgerichten, DVBl 1957, S. 368.

- - : Bundesgesetze über Organisation und Verfahren der Landesbehörden (Art. 84 Abs. 1 des Grundgesetzes), AöR 80, S. 81 ff.

Hangartner, Yvo: Widerruf und Änderung von Verwaltungsakten aus nachträglich eingetretenen Gründen, 1959.

Hamann, Andreas: Der niedersächsische Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verwaltungsverfahrens, RiA 1954, Heft 16, S. 303 ff.

- - : Das Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1961.

Haueisen, Fritz: Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 1954, S. 1425 ff.

- - : Der Widerruf fehlerfreier Verwaltungsakte, NJW 1955, S. 1457 ff.

- - : Zur Frage der Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 1958, S. 1661 ff.

- - : Betrachtung über die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, DVBl 1959, S. 228 ff.

Haueisen, Fritz: Unnötige Normierung von Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts im besonderen Verwaltungsrecht, DÖV 1959, S. 5 ff.

Hauriou, Maurice: Précis de droit administratif, 12. Aufl. 1933.

v. Hausen, Heinz: Nochmals: Die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers aus Art. 84 und 85 GG, DÖV 1960, S. 1 ff.

- - : Zur Diskussion über die Bundeszuständigkeit aus Art. 84 und 85 GG, DÖV 1960, S. 441 ff.

v. Hausen, Heinz- v. der Heide, Hans-Jürgen: Die rechtliche und funktionelle Bedeutung der Art. 84 und 85 GG, DÖV 1958, S. 753 ff.

Heckel, Hans: Die Rolle des Juristen in der Fachverwaltung, DÖV 1958, S. 29 ff.

Heinzmann, Rolf: Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren; ungedruckte Tübinger Dissertation, 1958.

Heiterer - Schaller, Paul: Die gegenwärtige Lage der Verwaltung und der Stand der verwaltungswissenschaftlichen Forschung in Österreich, VerwArch. 48, (1957), S. 326 ff.

Held, Kurt: Der autonome Verwaltungsstil der Länder und das Bundesratsveto nach Art. 84 Abs. 1 des Grundgesetzes, AöR 80, S. 50 ff.

Hellbling, Ernst: Kommentar zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, 1. Bd., 1953.

Herlitz, Nils: Die gegenwärtige Lage der Verwaltung und der Stand der verwaltungswissenschaftlichen Forschung in den skandinavischen Ländern, VerwArch. 48 (1957), S. 309 ff.

Herrnritt, Rudolf: Das Verwaltungsverfahren, 1932.

Hesse, Konrad: Die verfassungsrechtliche Stellung der Parteien im modernen Staat, VVDStRL 17, S. 11 ff.

Huber, Ernst-Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1 und 2, 2. Aufl. 1953/1954.

Hufnagl, Franz: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone, 1950.

Hufnagl, Franz: Bemerkungen zum Entwurf der Verwaltungsgerichtsordnung, DVBl 1950, S. 559 ff.

Imboden, Max: Die gegenwärtige Lage der Verwaltung und der Stand der verwaltungswissenschaftlichen Forschung in der Schweiz, VerwArch. 48, (1957), S. 348 ff.

Ipsen, Hans-Peter: Widerruf gültiger Verwaltungsakte, 1932.

Jansen, P.: FGG - Handkommentar, 1955.

Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1948.

- - : Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, VVDStRL 2, S. 8 ff.

Kafka, Gustav: Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVDStRL 17, S. 53 ff.

Katzenstein, Dietrich: Rechtliche Erscheinungsformen der Machtverschiebung zwischen Bund und Ländern seit 1949, DÖV 1958, S. 593 ff.

Kern, Eduard: Gerichtsverfassungsrecht, 3. Aufl. 1959.

Klinger, Hans: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 1960.

Kniesch, Joachim: Zur Verfassungsmässigkeit des Vorverfahrens der Verwaltung als Voraussetzung des Verwaltungsgerichtsprozesses, NJW 1958, S. 576 ff.

- - : Die Bedenklichkeit der weiteren Beschränkung der Berufungsinstanz im verwaltungsgerichtlichem Verfahren, NJW 1960, S. 851 ff.

Köhler, Alexander: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 1960.

Köhler, Josef: Der Prozess als Rechtsverhältnis, 1888.

König, Hans-Günter: Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im verwaltungsbehördlichen Verfahren, DVBl 1959, S. 189 ff.

Köttgen, Arnold: Das Verwaltungsverfahren als Gegenstand der Bundesgesetzgebung, DÖV 1952, S. 422 ff.

- - : Der Einfluss des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundes-

eigenen Verwaltung, JöR n. F. Bd. III, S. 67 ff.
Köttgen, Arnold: Die Organisationsgewalt, VVDStRL 16, S. 154.
Kratzer, Jakob: Über die Zuständigkeit zum Erlass allgemeiner Verwaltungsvorschriften des Bundes, DÖV 1952, S. 230 ff.
- - : Zustimmungsgesetze, AöR 77, S. 266 ff.

Laforet, Wilhelm: Verwaltung und Ausführung der Gesetze nach dem Bonner Grundgesetz, DÖV 1949, S. 221 ff.
Langrod, George: Procédure administrative et droit administratif, Rev. Int. Sc. Adm. 1956, S. 5 ff.
Lassar, Gerhard: Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte, VVDStRL 2, S. 81 ff.
Lent, Friedrich: Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 1959.
- - : Lasten und Pflichten im Zivilprozess, ZZP Bd. 67, S. 344 ff.
Letourneur, Maxime: La règle "audi alteram partem" en droit public francais; Bericht, erstattet auf dem 1. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Barcelona, vervielfältigtes Manuskript, 1956.
Loening, Hellmuth: Der ministerialfreie Raum in der Staatsverwaltung, DVBl 1954, S. 173 ff.
- - : Zur Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, SJZ 1950, Sp. 255.
Lücking, Wilhelm : Die Grundlagen der franz. Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1955
Mangoldt, Hermann v.: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 1953.
v. Mangoldt, Hermann - Klein, Friedrich: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1957.
Mannlicher, Egbert: Das Verwaltungsverfahren, 6. Aufl. 1953.
Maunz, Theodor: Gesetzgebung und Verwaltung in deutschen Verfassungen; Festschrift für H. Nawiasky, 1956, S. 255 ff.
- - : Deutsches Staatsrecht, 10. Aufl. 1961, Zitate nach der 9. Aufl. 1959.
Maunz, Theodor - Dürig, Günther: Grundgesetz, Kommentar, 1958 ff; zitiert als "M-D" mit Artikel und Randnummer.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1. Aufl. 1895.
Meiss, Werner: Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenzen der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1953.
Melichar, Erwin: Das Verwaltungsverfahren, VVDStRL 17, S. 183 ff.
Menger, Friedrich-Christian: System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, zitiert als "System".
- - - : Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit; in "Die Grundrechte", Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, 3. Bd., 2. Halbbd. 1959, S. 779 ff.
Merkl, Adolf: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927.
Morange, Georges: Le princip des droits de la défense devant l'administration active; Rec. Dalloz, 1956, H. 35, Chronique, 121 ff.
Müller, Hans-Werner: Muss der Gegner gehört werden, bevor der Beschwerde abgeholfen wird? NJW 1960, S. 21 ff.

Nawiasky, Hans: Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1950.
- - : Allgemeine Staatslehre, Teil 1 - 4, 1955/1956.
Nebinger, Robert: Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1949.
Niese, Werner: Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, 1950.
- - : Narkoanalyse als doppelfunktionelle Prozesshandlung, ZStW 63, S. 199 ff.

Pathe, Karl: Die Ausführung der Bundesgesetze, DVBl 1951, S. 681 ff.

Reinfried, Hubert: Die Bundeswehrverwaltung, ein neuer Zweig der öffentlichen Verwaltung, DÖV 1958, S. 142 ff.
Reuss, Hermann: Das Verwaltungsverfahren - psychologisch betrachtet, DÖV 1958, S. 656 ff.

Reuss, Hermann: Zur Diskussion um die Rechts- und Verwaltungsreform, VerwArch. 48, (1957), S. 61 ff.

Röhl, Hellmuth: Das rechtliche Gehör, NJW 1953, S. 1531 ff und NJW 1958, S. 1268 ff.

Rohwer-Kahlmann, Harry: Verfassungsrechtliche Schranken der Zustimmungsgesetze (Art. 84 Abs. 1 GG), AöR 79, S. 208 ff.

v. Rosen- v. Hoewel, Harry: Zur Frage der Kodifikation des allgemeinen Verwaltungsrechts, DÖV 1952, S. 101 ff.

Rosenberg, Leo: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9. Aufl. 1961, Zitate nach der 8. Aufl. 1960.

Rumpf, Helmuth: Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL 14, S. 136 ff.

Saladin, Peter: Der Widerruf von Verwaltungsakten, 1960.

Sauer, Wilhelm: Grundlagen des Prozessrechts, 2. Aufl. 1929.

- - : Allgemeine Prozessrechtslehre, 1951.

Schäfer, Gerhard: Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, 1960.

Schäfer, Hans: Bundesaufsicht und Bundeszwang, AöR 78, S. 1 ff.

Schmidt, Eberhard: Lehrkommentar zur Strafprozessordnung, Teil 1, 1952; zitiert als "Lehrk." mit Seitenzahl und Randnummer.

- - : Staatsanwalt und Gericht; Festschrift für E. Kohlrausch, 1944, S. 263 ff.

Schneider, Hans: Die Zustimmung des Bundesrates zu Gesetzen, DVBl 1953, S. 257 ff.

- - : Körperschaftliche Verbundverwaltung. Verfassungsrechtliche Betrachtungen über die Bildung von landesunmittelbaren und bundesunmittelbaren Verwaltungsträgern durch Bundesgesetz; AöR 83, S. 1 ff.

Schönke, Adolf- Schröder, Horst- Niese, Werner: Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 8. Aufl. 1956.

Schunck, E. - de Clerck, H.: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 1961.

Sendler, Horst: Das Verfahren der Berliner Verwaltung, DÖV 1959, S. 439 ff.

Sommer, Günter: Der Widerruf von Verwaltungsakten, DÖV 1954, S. 655, 685, 716, 744 ff.

Spanner, Hans: Grundsätzliches zum Verwaltungsverfahren, DÖV 1958, S. 651 ff.

– – : Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, München 1960, Bd. 1 (Gutachten), 2. Teil, Heft A; zitiert als "Gutachten".

Tezner, Friedrich: Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens, 1896.

– – : Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, VerwArch. Bd. VIII, S. 220 und 475 ff, sowie Bd. IX (1901), S. 159 und 515 ff.

Triepel, Heinrich: Die Reichsaufsicht, 1917.

Ule, Carl-Hermann: Besprechung von Bachofs "Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz", DVBl 1957, S. 326.

– – – : Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1957, S. 597 ff.

– – – : Nochmals: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1958, S. 9 ff.

– – – : Verfassungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, DVBl 1959, S. 537 ff.

– – – : Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl. 1961,

Wacke, Gerhard: Gegenstand und Rechtskraft bei der verwaltungsgerichtlichen Klage, AöR 79, S. 58 ff.

Waline, Marcel: Traité élémentaire de droit administratif, 7. Aufl. 1957.

Werner, Fritz: Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, München 1960, Bd. 1 (Gutachten), 2. Teil, Heft B.

Wertenbruch, Wilhelm: Registereintragungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit als Verwaltungsakte, DÖV 1958, S. 732 ff.

Zeidler, Karl: Ausführung von Landesgesetzen durch Bundesbehörden, DVBl 1960, S. 573 ff.

Zinn, Georg-August: Die Bundesaufsicht nach dem Grundgesetz, DÖV 1950, S. 522 ff.

Im übrigen wird auf die Entscheidungssammlungen der Gerichte verwiesen, die unter den üblichen Abkürzungen zitiert werden.

Zur Schreibweise: Die Arbeit wurde auf einer Schreibmaschine amerikanischen Typs geschrieben, sodass durchweg statt eines "sz" ein "ss" gesetzt werden musste.

Einleitung

Im Zeichen der Bemühungen um den Rechtsstaat - die Bundesrepublik Deutschland ist gemäss Art. 20, Abs. 1 GG ein Rechtsstaat[1] - haben in zunehmendem Masse auch die Arbeiten an einer Regelung des Verwaltungsverfahrens eingesetzt. Noch nicht erreichtes Ziel dieser Arbeiten ist eine allgemeine gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrens. An spezialgesetzlichen Regelungen des Verwaltungsverfahrens, oder besser, an einzelnen Bestimmungen verwaltungsverfahrensrechtlichen Inhalts in sonst materiellrechtlichen Spezialgesetzen, fehlt es hingegen nicht. Gerade diese aufgesplitterten und auch von Gesetz zu Gesetz verschiedenen Verwaltungsverfahrensregelungen sind jedoch ein deutlicher Hinweis auf die Notwendigkeit einer allgemeinen Verwaltungsverfahrensordnung. Diese Notwendigkeit geht daraus hervor, dass auch das Verwaltungsverfahrensrecht der Einheitlichkeit und Übersichtlichkeit bedarf. Beides vermisst der heute in immer höherem Masse auf das öffentliche Recht angewiesene Bürger nur allzusehr. Dass aber auch der Gesetzgeber bereits die Übersicht zu verlieren beginnt, zeigt sich an den bedenklichen gesetzgeberischen Fehlleistungen, die auf dem Gebiet des Wehrrechts in verfahrensrechtlicher Hinsicht erbracht wurden. Bachof hat in seiner Schrift "Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz"[2] besonders auf die Fehler im System der Regelung verfahrensrechtlicher Fragen hingewiesen. Diese Fehler sind darin zu sehen, dass die einzelnen verwaltungsverfahrensrechtlichen Bestimmungen nicht auf entsprechende Regelungen der gleichen Fragen in Gesetzen auf dem gleichen Verwaltungsgebiet abgestimmt worden waren. Bei Bestehen einer allgemeinen Verwaltungsverfahrensordnung hätten sich derartige Fehler vermeiden

1) Maunz-Dürig, Art. 20, Randnr. 58: "Das Wort Rechtsstaat ist zwar in Art. 20 nicht ausdrücklich enthalten. Aus dem Inhalt dieses Artikels, insbesondere aus der Dreiteilung der Gewalten und dem Gesetzmässigkeitsgrundsatz, die beide in Art. 20 positiviert sind, ergibt sich jedoch, dass die Bundesrepublik nach dem Vorstellungsbild des Grundgesetzes ein Rechtsstaat sein soll (Einhellige Meinung, die nicht belegt zu werden braucht)."

2) O. Bachof: "Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz", Tübingen 1957.

lassen. Man hätte allgemein die Verwaltungsverfahrensordnung für anwendbar erklärt und nur die durch das Spezialgebiet notwendig gewordenen Abweichungen von der allgemeinen Regelung im Spezialgesetz aufgeführt.
Den Behörden, dem Bürger und dem Gesetzgeber wäre mit einer allgemeinen Verwaltungsverfahrensordnung gedient.

Das Verwaltungsverfahren war Beratungsgegenstand der Staatsrechtslehrertagung in Wien (9/10. Okt. 1958). Schon allein diese Tatsache zeigt, dass der Begriff des Verwaltungsverfahrens durchaus noch rechtstheoretischer Klärung bedarf. Der heutige Stand der Diskussion - auch der Stand der heutigen landesrechtlichen Gesetzgebung - erweist, dass die damals in Referat und Diskussion so deutlich zutage getretene Problematik auch derzeit noch nicht bewältigt ist. So muss es nahezu als Fortsetzung der Staatsrechtslehrertagung von 1958 bezeichnet werden, wenn die öffentlich-rechtliche Abteilung des 43. Deutschen Juristentages (14/17. Sept. 1960, München) über das Thema beraten hatte: Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts (im Folgenden: VR) zu kodifizieren.

Auch hier stellte sich wieder das Problem, ob überhaupt materielles VR vom Verwaltungsverfahrensrecht abgegrenzt werden kann. Die Klärung dieser Frage hat nicht lediglich rechtstheoretische Bedeutung, vielmehr wurde sie im Rahmen des Art. 84 GG zu einem Zankapfel zwischen Bundestag und Bundesrat.[1] Der Standort dieser Bestimmung deutet weitere Problemkreise an, die bei nahezu jeder Behandlung des Verwaltungsverfahrens die Diskussion beeinflussen, nämlich die Fragen der Regelungskompetenz und ihre Zuteilung an Bund und Länder im Rahmen des föderalistischen Aufbaus der Bundesrepublik Deutschland. Es darf wohl schon hier angedeutet werden, was entsprechend dem Thema der vorliegenden Untersuchung zu belegen sein wird, dass nämlich die Erwähnung des Verwaltungsverfahrens gerade in Art. 84 Abs. 1 GG und wiederum die Stellung des Art. 84 innerhalb

1) K. Held: "Der autonome Verwaltungsstil der Länder und das Bundesratveto nach Art. 84 Abs. 1 GG," in AöR Bd. 80 S. 50 ff, hier S. 71/72.

des Grundgesetzes wesentliche Ausgangspunkte einer begrifflichen Bestimmung des Verwaltungsverfahrens sind. Dies war auch beim Aufbau dieser Arbeit zu berücksichtigen; eine systematisch und dogmatisch richtige Bearbeitung des Themas wäre ohne dies nicht möglich.
Art. 84 GG und seine Stellung innerhalb des Grundgesetzes geben somit den Hintergrund ab, vor dem die begriffliche Abgrenzung von materiellem VR und Verwaltungsverfahrensrecht zu treffen ist. Damit ergibt sich die Reihenfolge der Kapitel I-III. Die folgenden Kapitel dienen zur Klärung wesentlicher, bei einer Regelung des Verwaltungsverfahrens zu berücksichtigender Gesichtspunkte, so insbesondere des Zusammenhangs von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren. Die Behandlung des letzten Punktes wird dadurch erleichtert, daß am 21. 1. 1960 eine bundeseinheitliche Verwaltungsgerichtsordnung ergangen ist (in Kraft getreten am 1. 4. 1960), sodass auch insoweit ein Kriterium für die Gestaltung des Verwaltungsverfahrens gegeben ist.
Die angegebenen Kriterien, nach denen hier das Verwaltungsverfahren im Sinn von Art. 84 GG bestimmt werden soll - Wortlaut, Zusammenhang, Zweck und Entstehungsgeschichte der Norm - entsprechen den Methoden des BVerfG bei der Auslegung von Gesetzen.[1] "Um den objektiven Willen des Gesetzgebers zu erfassen , sind alle diese Auslegungsmethoden erlaubt. Sie schliessen einander nicht aus, sondern ergänzen sich gegenseitig.[2]"

1) BVerfG, NJW 60, 1563/64; BVerfGE 1, 299, (312).
2) BVerfG, NJW 60, 1563/64.

K A P I T E L I

Entstehungsgeschichte des Art. 84 GG[1]

Art. 84 GG entstand aus den Art. 42 und 114 des "Entwurfs eines Grundgesetzes", erstellt durch den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee (10.-23. August 1948; im Folgenden zitiert als "Chiemseentwurf"[2]).

Der Wortlaut der beiden ursprünglichen Bestimmungen war folgender:

> Art. 42 CHE: 1) Soweit nicht dieses Grundgesetz etwas anderes bestimmt oder zulässt, ist die Ausführung der Bundesgesetze eigene Angelegenheit der Länder. Sie regeln insoweit selbst die Organisation der Behörden und das allgemeine Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren. Der Bund überwacht gemäss den Bestimmungen über die Bundesaufsicht (Art. 114 Abs. 2 und 3) nur die Gesetzmässigkeit der Ausführung.
> 2) Die Übertragung der Ausführung eines Bundesgesetzes an eine Selbstverwaltungseinrichtung, die unter Ausschaltung der Länder unmittelbar vom Bund beaufsichtigt wird, ist nur zulässig, soweit dieses Grundgesetz sie anordnet oder zulässt.
> 3) Bedingungen, unter denen der Bund Zuschüsse oder Vergünstigungen gewährt, dürfen nicht so festgesetzt werden, dass sie durch die Befugnisse der Länder zur Ausführung der Bundesgesetze ausgeschaltet werden.

Es sei noch bemerkt, das Art. 42 CHE im Abschnitt "Bund und Länder" stand. Art. 144 CHE hingegen im Abschnitt "Ausführung der Bundesgesetze und Bundesverwaltung."

> Art. 144 CHE: 1) Soweit die Ausführung der Bundesgesetze eigene Sache der Länder ist, gilt für Durchführungsverordnungen Art. 113 Satz 1 CHE entsprechend.
> 2) Die Bundesregierung, und nach Massgabe ihrer Geschäftsordnung die einzelnen Bundesminister, üben die Aufsicht über die Durchführung der Gesetze in den Ländern aus. Die Bundesregierung kann zu diesem Zweck Beauftragte zu den obersten Landesbehörden und mit deren Zustimmung auch zu den unteren Behörden entsenden.
> 3) Mängel, die die Bundesregierung bei der Ausführung der Bundesgesetze in den Ländern feststellt, werden von ihr erforderlichenfalls im Bundesgesetz zu Sprache

1) Vergl. dazu: Jahrbuch d.öff.Rechts, NF Bd. 1, S. 626-636.
2) Verfassungsausschuss der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen. Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10.-23. August 1948. Veröffentlicht im Verlag Pflaum, München 1948.

gebracht. Die Bundesregierung kann verlangen, dass der Bundesrat darüber beschliesst, ob das Land durch die Art seiner Ausführung das Gesetz verletzt hat. Das Recht beider Teile, das Bundesverfassungsgericht oder nach näherer gesetzlicher Bestimmung ein anderes oberstes Bundesgericht anzurufen, bleibt unberührt.

Bezogen auf das Thema der Arbeit wird insbesondere die Entwicklung von Art. 42 Abs. 1 CHE zum jetzigen Art. 84 Abs. 1 Grundgesetz von Bedeutung sein. Auf sie ist speziell einzugehen. Eine der Orientierung dienliche zusammenfassende Schilderung des Werdegangs der gesamten Bestimmung des Art. 84 Grundgesetz sei jedoch vorangestellt[1].

1) Entstehungsgeschichte des Art. 84 Grundgesetz.
Nach seinen ersten Beratungen liess der Zuständigkeitsausschuss des Parlamentarischen Rates (PR) den Abs. 3 des Art. 42 CHE entfallen. Der Redaktionsausschuss veranlasste seinerseits, dass Art. 42 CHE dem Abschnitt "Bund und Länder" entnommen und als Art. 112-1 in den Abschnitt "Ausführung der Bundesgesetze und Bundesverwaltung" neu eingefügt wurde. Gleichzeitig entfiel der bisherige Abs. 2. Damit bestand Art. 112-1 CHE nur noch aus e i n e m Absatz, dessen Satz 1 den Grundsatz der landeseigenen Verwaltung, Satz 2 den Grundsatz der Selbstständigkeit der Länder bezüglich der Behördenorganisation, der Regelung des allgemeinen Verwaltungsverfahrens und Verwaltungsgerichtsverfahrens bei der Ausführung von Bundesgesetzen enthielt.
In der 3. Lesung des Hauptausschusses wurde Satz 2 hier herausgenommen und in den Art. 112-2 CHE (dessen Endfassung Art. 84 Grundgesetz ist) eingesetzt. Art. 112-1 Satz 1 CHE wurde zum jetzigen Art. 83 Grundgesetz[2].
Auch Art. 114 CHE erhielt nach der Übernahme des Art. 42 CHE in den Abschnitt "Ausführung der Bundesgesetze und Bundesverwaltung" eine neue Bezifferung, nämlich 112-2. Diese Bestimmung wurde später noch um den Art. 114 a CHE (Befugnis der Bundesregierung zur Erteilung von Einzelweisungen), sowie um Art. 112-1 Satz 2 (Grundsatz der landeseigenen Verwaltungsorganisation) erweitert.

1) Dazu: Jahrb.d.öff.Rechts NF Bd.1 S. 626-28.
2) Einzelheiten dazu, auch bezügl. der Formulierung: Jahrb. d.öff.Rechts NF Bd. 1 S. 624-626.

Mit diesem Inhalt wurde Art. 112-2 als Art. 84 in das Grundgesetz übernommen.

2) Entstehungsgeschichte des Art. 84 Abs. 1 Grundgesetz. Ausgangspunkt des ersten Absatzes von Art. 84 Grundgesetz war Art. 42 Abs. 1 CHE. Letzterer Artikel stand im Abschnitt "Bund und Länder". Die starke föderalistische Tendenz, die so nachdrücklich das deutsche Staatsleben der Nachkriegsjahre beeinflusste und auch sichtbaren Ausdruck im Grundgesetz fand, kommt gerade in diesem Abschnitt besonders deutlich zur Geltung. Auf diesen Föderalismus ist als Ansatz zu Art. 84 1 Grundgesetz nochmals hinzuweisen. Nur so ist es zu verstehen, dass neben der Behördenorganisation sowohl das allgemeine Verwaltungsverfahren wie auch - und das ist nun bemerkenswert - das Verwaltungsgerichtsverfahren der Kompetenz der Länder unterliegen sollte. Die Abgeordneten Dr. Strauss und Dr. Laforet[1] lenkten, nachdem in der zwölften Sitzung des Zuständigkeitsausschusses nur redaktionelle Änderungen in Art. 42 Abs. 1 CHE vorgenommen worden waren - das Wort "und" zwischen "Organisation der Behörden und das allgemeine Verwaltungsverfahren" war gestrichen worden - die Aufmerksamkeit des Zuständigkeitsausschusses darauf, dass der Bund wenigstens die Möglichkeit haben müsste, auch für das Verwaltungsgerichtsverfahren bundesgesetzliche Regelungen zu treffen. Der Ausschuss folgte dieser Anregung, übernahm - wie schon oben geschildert - Art. 42 CHE als Art. 112-1 in den Abschnitt "Ausführung der Bundesgesetze und Bundesverwaltung" und formulierte den nunmehrigen Art. 112-1 Abs. 1 wie folgt:

"Soweit nicht dieses Grundgesetz etwas anderes bestimmt oder zulässt, ist die Ausführung der Bundesgesetze eigene Angelegenheit der Länder. Sie regeln, soweit Bundesgesetze nichts anderes bestimmen, die Einrichtungen der Behörden, das allgemeine Verwaltungsverfahren und das Verwaltungsgerichtsverfahren".

Der ersten Lesung des Hauptausschusses[2] wurde auf Beschluss hin die Fassung des Zuständigkeitsausschusses zu Grunde gelegt[3]. Der Redaktionsausschuss legte jedoch noch einen weiteren Vorschlag zu Art. 112-1 vor: "Die Länder führen die Bundes-

1) Zuständigkeitsausschuss, Stenoprot. S.2, 5, 8 und 9.
2) Zur Arbeitsweise der Ausschüsse siehe Jahrb.d.öff.Rechts Bd. 1, S. 10.
3) Parlamentarischer Rat: Verhandlungen des Hauptausschusses, Bonn, 1948/49; S. 190.

gesetze aus, soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt. Sie regeln die Einrichtung der Behörden und das Verfahren, soweit nicht Bundesgesetze etwas anderes bestimmen."

Da nun diese Fassung den Abgeordneten Dr. Schmid und Dr. Laforet (als Diskussionsrednern) klarer formuliert, dazuhin gleichen Inhalts zu sein schien[1], wurde in der 1. Lesung des Hauptausschusses die Fassung des Redaktionsausschusses einstimmig angenommen. Die 2. Lesung des Hauptausschusses änderte daran nichts mehr.

Der 3. Lesung im Hauptausschuss wurden die Vorschläge des sogenannten "Fünferausschusses" zu Grunde gelegt. Dieser interfraktionelle Ausschuss, gebildet aus 2 Vertretern der CDU (Dr. von Brentano und Kaufmann), 2 Vertretern der SPD (Dr. Schmid und Dr. Menzel) und einem Vertreter der FDP (Dr. Höpker-Aschoff) hatte die 3. Lesung durch Vorschläge zu entscheidend wichtigen politischen Grundproblemen vorbereitet.[2] Er berührte dabei auch den Komplex der "Ausführung der Bundesgesetze". Nach diesem Vorschlag wurde Art. 112-1 nochmals aufgegliedert. Satz 1 bildete nunmehr allein den Art. 112-1, während Satz 2 als Abs. 1 dem Art. 112-2 vorangestellt wurde. Gleichzeitig wurde auch der Wortlaut neu festgelegt. Der hier interessierende Abs. 1 des Art. 112-2 lautete nun: "Führen die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit aus, so regeln sie die Einrichtung der Behörden, das Verwaltungsverfahren und das verwaltungsgerichtliche Verfahren, soweit nicht Bundesgesetze etwas anderes bestimmen."

Wie ersichtlich, wurde das verwaltungsgerichtliche Verfahren wörtlich in den Regelungskomplex der Bundesverwaltung wieder einbezogen.

Die 3. Lesung des Hauptausschusses endete mit der Annahme dieses Vorschlags des Fünferausschusses bei nur einer Gegenstimme. Eine Diskussion hatte nicht stattgefunden.[3]

Entscheidend für die endgültige Regelung wurde dann eine neuerlich abgeänderte Fassung des Art. 112-2 Abs. 1, die der Redaktionsausschuss in der 4. Lesung im Hauptausschuss vor-

1) Verhandlungen des Hauptausschusses, Stenoprot. S. 190.
2) Dazu Jahrb.d.öff.Rechts, NF, Bd. 1, S. 11/12.
3) Verhandlungen des Hauptausschusses, Stenoprot. S. 661.

legte.[1] Das verwaltungsgerichtliche Verfahren war nach dieser Fassung in Art. 122-2 nicht mehr genannt. Wiederum ohne Debatte (der Vorsitzende Dr. Schmid hatte zu Anfang der Sitzung auf die umfangreiche Tagesordnung verwiesen[2]) wurde mit der Annahme dieser Fassung die 4. Lesung im Hauptausschuss abgeschlossen. Das Plenum des PR nahm diese Fassung als Art. 84 Abs. 1 GG unverändert an.

Zu diesem Entstehungsbericht ist Folgendes zu bemerken: Für eine erste begriffliche Festlegung des Verwaltungsverfahrens i.S. von Art. 84 Abs. 1 GG ist von grosser Bedeutung.die Tatsache, dass das verwaltungsgerichtliche Verfahren in der Endfassung des Art. 84 Abs. 1 GG nicht mehr enthalten ist.
Es ist zu fragen, ob der PR und die vorbereitenden Ausschüsse der Meinung waren, der Begriff "Verwaltungsverfahren" umfasse auch das verwaltungsgerichtliche Verfahren. Dafür spricht zunächst der Verlauf der Diskussion bei der 1. Lesung im Hauptausschuss (HA) zwischen den Abgeordneten Dr. Laforet, Dr. Schmid und Dr. Hoch.[3] Vorgelegt war dabei der Entwurf des Zuständigkeitsausschusses (ZA) zu Art. 112-1; hervorzuheben ist dabei Satz 2: "Sie (die Länder) regeln, soweit Bundesgesetze nichts anderes bestimmen, die Einrichtung der Behörden, das allgemeine Verwaltungsverfahren und das Verwaltungsgerichtsverfahren." Demwurde der Vorschlag des Redaktionsausschusses (Red. A.) gegenübergestellt: "Die Länder führen die Bundesgesetze aus, soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt. Sie regeln die Einrichtung der Behörden und das Verfahren, soweit nicht Bundesgesetze etwas anderes bestimmen." Dazu nun Dr. Schmid[3]: "Das ist genau dasselbe, nur scheint es mir klarer zu sein." Dr. Hoch[3]: "Sachlich hat der Red. A. nichts geändert. Aber die Formulierungen sind vielfach zweckmässiger." Und nochmals Dr. Schmid, unmittelbar vor der Abstimmung: "Ich glaube mich nicht zu täuschen, wenn ich sage, dass beide Fassungen das Gleiche ausdrücken mit dem Unterschied, dass mir die Fassung des Red. A. einfacher zu sein scheint[3]."
Die Fassung des Red. A. wurde daraufhin einstimmig ange-

1) Verhandlungen des HA, Stenoprot. S. 756.
2) Verhandlungen des HA, Stenoprot. S. 190.
3) Verhandlungen des HA, Stenoprot. S. 743.

nommen. Die hier wiedergegebenen Diskussionsbeiträge lassen auf eine nur oberflächliche Prüfung der Vorschläge schliessen, denn sie treffen nicht den Kern der Sache. Dies beweist auch der weitere Verlauf der Gesetzgebungsarbeiten: Das Verwaltungsgerichtsverfahren wurde nochmals in den Art. 112-1 (bzw. später 112-2) aufgenommen und wieder entfernt. Die entgültige Formulierung geht auf die Vorschläge des Red.A. zurück: Danach wird das verwaltungsgerichtliche Verfahren in Art.84 Abs. 1 GG nicht erwähnt. Dabei ging der Red. A. jedoch von einem anderen Begriff des Verwaltungsverfahrens aus, als dies der HA in seiner 1. Lesung getan hatte, denn er unterscheidet scharf zwischen Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren. Dies hat der Red. A. weniger bei den Vorarbeiten zu Art. 84 Abs. 1 GG, als bei den Vorarbeiten zu Art. 74 Ziff. 1 GG deutlich werden lassen. Ein Vorschlag des Red. A. vom 31.12. 1948[1], der später in der 2. Lesung im HA zum Antrag erhoben wurde, und Art. 36 Ziff. 1 CHE betraf, lautete: "Das bürgerl. Recht, das Strafrecht und den Strafvollzug, die Verfassung der Gerichte, das gesamte Gerichtsverfahren, die Rechtsanwaltschaft und die Rechtsberatung."

In einer Anmerkung wird dazuhin noch erläutert: "Unter Verfassung der Gerichte und dem gerichtlichen Verfahren ist nicht nur die Verfassung der ordentl. Gerichte, sondern auch die der Verwaltungs- und Arbeitsgerichte und deren Verfahren zu verstehen. Es sollte die Möglichkeit gegeben werden ... die Gerichtsverfassung und das Verfahren aller Gerichte bundeseinheitlich zu regeln." Diese Auffassung des Red. A. verteidigte der Abg. Zinn in der 2. Lesung des HA zu Art. 36 Ziff. 1 CHE gegenüber dem Abg. Dr. Laforet[2].

Diese Auffassung, nämlich die Regelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens in Art. 36 Ziff. 1 CHE und die Regelung des davon zu unterscheidenden Verwaltungsverfahrens in Art. 112-2 Abs. 1 CHE, erklärt auch den Vorschlag des Red. A. in der 4. Lesung im HA zu Art. 112-2 Abs. 1 CHE und liegt sonach, da dieser Vorschlag angenommen wurde, auch Art. 84 Abs. 1 GG zu Grunde.

Die Entstehungsgeschichte ergibt deshalb: Das Verwaltungsver-

1) Drucksache 370.
2) Verhandlungen des HA, Stenoprot. S. 356.

fahren umfasst nicht auch das Verwaltungsgerichtsverfahren. Die beiden Begriffe sind zu trennen. Dies ist bei den entsprechenden Kompetenzregelungen (Art. 74 Ziff. 1 und Art. 84 Abs. 1 Grundgesetz) zu beachten.

K A P I T E L II

Die Abgrenzung von verwaltungsgerichtlichem Verfahren und Verwaltungsverfahren.

Die Trennung von Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltung, dargestellt an der Trennung von Rechtsprechung und vollziehender Gewalt.

Ist die Entstehungsgeschichte der Art. 84 Abs. 1 und Ziff. 1 Grundgesetz ein erster Anhaltspunkt dafür, dass Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltung - und entsprechend Verwaltungsprozessrecht und Verwaltungsverfahrenrecht - zu unterscheiden sind, so wird diese Feststellung auch durch die geschichtliche Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit belegt. Diese Entwicklungsgeschichte zeigt, dass Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltungsprozess dem Bereich der rechtsprechenden Gewalt zuzurechnen sind, während Verwaltung und Verwaltungsverfahren sich nur auf das Handeln der Verwaltungsbehörden als Organen der ausführenden Gewalt beziehen. Diese Unterscheidung ist wesentlich, wenngleich nicht selbstverständlich. So stellt Merkl[1] schon 1927 in seinem Lehrbuch fest: " Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist ein Zweig der Gerichtsbarkeit", muss dem aber sofort hinzufügen: "Nicht einmal dieses fundamentale Merkmal unseres Begriffes steht unangefochten fest. Man begegnet nicht selten Definitionen, in denen die Verwaltungsgerichtsbarkeit als eine Art Verwaltung bestimmt wird". Auch nach 1949 wurde noch mehrfach[2] die Ansicht vertreten, die Verwaltungsgerichte seien ein Teil des Verwaltungsaufbaues des

1) Merkl,"Allgem. VR"S. 373.
2) Höpfner, DV 49, 65; Loening DV 49, 85 (89).

betreffenden Landes oder "Fortsetzung der Verwaltung mit anderen Mitteln." Seitdem aber Montesquieu in Buch 11 Kap. 6 seines "Esprit des lois" das Prinzip der Gewaltenteilung dargestellt hatte, waren diese Gedanken in ganz Europa aufgenommen worden, und so lag der liberalen Forderung nach Verwaltungsgerichtsbarkeit von Anfang an - wenngleich manchmal unausgesprochen - auch die Forderung nach Trennung von Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltung zugrunde. In dieser Hinsicht schloss das Grundgesetz und sein Gebot der Gewaltentrennung (Art. 20 Abs. 2 GG) die vielumstrittene Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ab. Diese Entwicklung und die Trennung von Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltung ist darzustellen, denn dieser Trennung entspricht die Unterscheidung von Verwaltungsprozessrecht und Verwaltungsverfahrensrecht als die zugehörigen Verfahrensrechte.

1) Die Ansätze zur Entwicklung der modernen Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Die Ansätze zur Entwicklung der modernen Verwaltungsgerichtsbarkeit sind in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu suchen. Die Bindung der Verwaltung an die Gesetze und eine entsprechende Kontrolle der Verwaltung gehörten zu den verfassungs- und rechtspolitischen Forderungen des Liberalismus.[1] Den damaligen Gegebenheiten entsprechend wollte man diese Kontrolle über die Verwaltung den ordentl. Gerichten übertragen (sog. Justizstaat). Dieser Ansicht entsprach auch § 182 der Paulskirchen-Verfassung vom 28. März 1849: "Die Verwaltungsrechtspflege hört auf; über alle Rechtsverletzungen entscheiden die Gerichte." Damit richtete sich diese Bestimmung gegen die bisher übliche "Administrativ-Justiz," eine Verwaltungsrechtspflege also, die durch die Verwaltungsbehörden selbst oder durch mit Verwaltungsbeamten besetzte Scheingerichte ausgeübt wurde.

1) So Merkl: Allgem. VR, S. 370.

Beispiele dafür sind der Geheime Rat in Württemberg, der Staatsrat in Bayern oder der Administrativjustizhof in Hessen/Darmstadt.[1]

Die Paulskirchen-Verfassung trat nicht in Kraft; das Problem der Verwaltungskontrolle war jedoch erkannt und blieb Gegenstand weiterer wissenschaftlicher Erörterungen.

Die weitere Diskussion um die Verwaltungskontrolle ist vornehmlich an die Namen von Gneist und Bähr geknüpft. Beide Wissenschaftler beschäftigten sich, ausgehend von der Forderung des Rechtsstaats, eingehend mit der Natur einer zu schaffenden Verwaltungsgerichtsbarkeit (von Gneist: "Der Rechtsstaat", 1. Aufl. 1872, insbesondere S. 167; desgleichen in "Das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht II, 1860; Bähr: "Der Rechtsstaat", 1864, S. 12, 54, 71 ff).

Die unterschiedlichen Ergebnisse dieser bedeutenden Untersuchungen werden gewöhnlich zu der Feststellung vereinfacht, von Gneist habe sich dafür eingesetzt, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit durch besondere Verwaltungsgerichte ausgeübt werden sollte, während Bähr die Verwaltungsgerichtsbarkeit in die Hände der ordentl. Gerichte legen wollte. Diese Vereinfachung ist jedoch unzutreffend. Richtig ist vielmehr, worauf Bettermann[2] hinweist, dass "die wirkliche Differenz zwischen Gneist und Bähr nicht darin bestand, ob die Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die ordentl. Gerichte oder besondere Verwaltungsgerichte ausgeübt, sondern ob der Verwaltungsrechtsschutz durch Gerichtsbarkeit oder durch Selbstverwaltung gewährt werden sollte: Gneist wollte die individuelle Freiheit des Bürgers durch Gewährung politischer Freiheit sichern. Auf diesem Gedanken der sog. politischen Selbstverwaltung[3] beruhten gleichermassen das Beschlussverfahren[4] wie das Verwaltungsstreit-

1) Vergl. Ule: Verwaltungsprozessrecht S. 2; W. Jellinek, Verwaltungsrecht S. 91.
2) VVDStRL 17, S. 166
3) Vergl. Baring: "Die politische Selbstverwaltung und die Verwaltungsgerichtsbarkeit" DVBl 55, 685 ff.
4) §§ 115 - 126 preuss. Gesetz über die allgem. Landesverwaltung (LVG) vom 30.7. 1883 (GS, S. 195).

verfahren[1] bei den Kreis- und Bezirksausschüssen[2], die daher folgerichtig Abteilungen der Kreis- und Bezirksverwaltungen waren[3]."

Ob eine Behörde also als Verwaltungsbehörde oder Verwaltungsgericht tätig werden konnte, war für Gneist nur eine Frage der Verfahrensregelung. Dabei lag der Gneist'schen Forderung nach Verbindung von Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege als Motiv auch noch der Gedanke zugrunde, dass eine wirksame Verwaltungsrechtspflege nur von besonderen, mit den Problemen der Verwaltung vertrauten Instanzen ausgeübt werden könne. Nur für den obersten Rechtszug forderte Gneist einen Gerichtshof, der mit rechts- und verwaltungskundigen Männern besetzt sein sollte.

Zusammengefasst waren die Vorschläge Gneists etwa folgende:

a) Die Verwaltungsgerichtsbarkeit darf nicht den ordentl. Gerichten übertragen werden.
b) Empfehlenswert ist dagegen eine Verbindung von Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege bei denselben Behörden. Die Verfassung dieser Behörden und das von ihnen einzuschlagende Verfahren bei der Entscheidung öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten müssen eine gesetzmässige und unparteiische Entscheidung gewährleisten.[4]
c) Lediglich in letzter Instanz entscheidet ein besonderer, mit verwaltungskundigen Richtern besetzter Gerichtshof.

Auf diese Vorschläge Gneists antwortete Bähr in seinem Buch "Der Rechtsstaat". Wie Gneist so ging auch Bähr davon aus, dass die Verwaltung einer Kontrolle unterworfen werden müsse. Mit Entschiedenheit wandte sich Bähr jedoch gegen den Gneist'schen Vorschlag, Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege denselben Behörden anzuvertrauen. "Findet daher in der Stellung der Regierungsgewalt zu Recht und Gesetz eine neben derselben wirksame, in streitigen Fällen die Rechtsgrenze ihrer Tätigkeit feststellende Rechtsprechung der Idee nach volle Berechtigung, so muss doch die Ver-

1) §§ 61 - 114 preuss. LVG.
2) §§ 38 - 40 preuss. LVG.
3) § 4 Abs. 1 preuss. LVG.
4) Vergl. Ule: "Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit", S. 13, mit dem Hinweis auf die Gneist'schen Schriften.

wirklichung dieser Idee solange ausgesetzt bleiben, als Rechtsprechung und Verwaltung in der Hand des Regenten oder der nämlichen, von ihm eingesetzten Behörde vereinigt sind. Denn es ist unmöglich, dass eine und diesselbe Person, welche über ihre Berechtigung zu einer Handlung bereits vom subjektiven Standpunkt der von ihr vertretenen Interessen sich entschieden hat, nochmals vom objektiven Standpunkt darüber urteile. Jener Rechtspruch wird erst möglich, wenn die Rechtsprechung von der Verwaltung getrennt und besonderen, unabhängig gestellten Staatsorganen übertragen ist.
Die hohe Bedeutung der Trennung von Justiz und Verwaltung liegt deshalb nicht etwa bloss in dem Prinzip der Arbeitsteilung, sie liegt vor allem in der dadurch gewährten Möglichkeit, die Verwaltung selbst einer Rechtsprechung zu unterwerfen.[1]"
Das Hauptanliegen Bährs war somit das Bestreben, die Verwaltung einer wirklich neutralen Rechtsprechung zu unterwerfen. Eine Frage zweiten Ranges war für ihn - diese Reihenfolge wird zumeist verkannt - ob diese Gerichtsbarkeit nun den ordentlichen Gerichten oder besonderen Verwaltungsgerichten übertragen werden sollte. Bähr war nicht der unbedingte Anhänger des Justizstaates, als der er vielfach[2] bezeichnet wird: "Wenn die gewöhnlichen Gerichte nicht für geeignet gehalten werden, über die Fragen des öffentlichen Rechts zu entscheiden, so schaffe man Gerichte eigens für jenen Zweck[3]," und weiter: "Wenn die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden über öffentliche Rechte nicht als Richterspruch gelten können, man diesen Richterspruch aber auch nicht den gewöhnlichen Gerichten anvertrauen will, so bleibt nur ein Drittes übrig, wenn anders auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts rechtgesprochen werden soll: Man schaffe Gerichte des öffentlichen

1) Bähr: "Der Rechtsstaat", S. 54.
2) Vergl. etwa den Hinweis bei W. Jellinek: "Verwaltungsrecht", S. 91.
3) Bähr: "Der Rechtsstaat", S. 69.

Rechts.[1]"
Allerdings will nun Bähr, und hier setzen die justizstaatlichen Gedanken ein, nicht "einer durchgreifenden Trennung der Rechtsprechung auf dem Gebiete des öffentlichen und des Privatrechts das Wort reden. Wie jeder selbständige Faktor des Staatslebens bedarf auch die Justiz, als Vertreterin der abstrakten Rechtsidee, der Einheit. Eine völlig sichere Grenzscheidung zwischen der Rechtsprechung auf dem Gebiet des öffentlichen und des Privatrechts wird niemals zu erreichen sein. Beide können leicht in Beziehung auf diese oder jene Frage in Konkurrenz treten. Eine Trennung beider, die bis in die höchste Spitze sich fortsetzt, würde daher stets die Gefahr in sich tragen, dass die Justiz mit sich selbst in Widerspruch gerate und damit ihre Bedeutung vernichte. Mag man daher immerhin, wenn man es für dienlich erachtet, in den unteren Instanzen beide Gerichte der Rechtsprechung sondern: In letzter Instanz würden wir doch einer Vereinigung beider unter einem höchsten Gericht, sei es auch nur als Cassationshof, den Vorzug geben.[1]"
Diese Vorschläge, die Bähr, angeregt durch die Gneist'schen Schriften, der Öffentlichkeit vorgelegt hatte, wurden nicht verwirklicht, vielmehr setzten sich die organisatorischen Ideen Gneists durch, insbesondere die Einheit von Verwaltungsbehörde und Verwaltungsgericht in den beiden unteren Instanzen. Baden begann als erstes Land damit 1863[2], danach folgte Preussen mit der Kreisordnung vom 13.12. 1872; das Oberverwaltungsgericht selbst wurde 1875 errichtet.[3]

Als Ergebnisse dieser Epoche der Verwaltungsgerichtsbarkeit bleiben festzuhalten[4]:

1) Die Verwaltung wurde einer Gerichtsbarkeit unterworfen. Diese Gerichtsbarkeit wird von Verwaltungs-

1) Bähr: "Der Rechtsstaat", S. 70/71.
2) Gesetz vom 5. Okt. 1863.
3) Zur Reihenfolge der weiteren Länder vergl. W. Jellinek: "Verwaltungsrecht", S. 92 -93.
4) Dabei wird von Ausnahmen in einzelnen Ländern abgesehen.

gerichten ausgeübt.

2) In den unteren Instanzen des meist dreistufigen Instanzenzuges fallen Verwaltungsbehörde und Verwaltungsgericht zusammen. Teilweise entscheiden als Verwaltungsrichter ausschliesslich Beamte der aktiven Verwaltung, teilweise werden auch Laienrichter zugezogen.[1]

3) Nur die obersten Verwaltungsgerichte waren "echtes" Gericht (so eine Formulierung von Drews) und keiner Verwaltungsbehörde angegliedert, das heisst, diese Richter besassen dieselben Garantien richterlicher Unabhängigkeit wie die Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

Im Ganzen ist nochmals auf den damaligen, überaus engen Zusammenhang von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit hinzuweisen. So ist es zutreffend, wenn Ule[2] schreibt: "Die Deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit des 19. Jahrhunderts war eine Einrichtung der Verwaltung, nicht der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die unter dem Einfluss der Ideen Robert von Mohls, Bluntschlis und Rudolf von Gneists seit 1863 in den meisten deutschen Ländern errichtet wurde.

2) Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik

Für die Trennung der Verwaltungsgerichtsbarkeit von der Verwaltung ist zwar diese Periode in der Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit weniger von Bedeutung, zur Wahrung des Zusammenhangs sei jedoch auch dieser Schritt in der Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit dargestellt.

Art. 107 RV lautete: "Im Reiche und in den Ländern müssen nach Massgabe der Gesetze Verwaltungsgerichte

1) W. Jellinek: "Verwaltungsrecht", S. 94 bemerkt dazu: Die verwaltungsgerichtliche Sitzung eines Kreisausschusses unterscheidet sich von einer sonstigen äusserlich nur durch ein gewisses Mehr an Feierlichkeiten; so besteht während der Verhandlung unbedingtes Rauchverbot.
2) "Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit", S. 13.

zum Schutze der Einzelnen gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden bestehen."

Die Weimarer Verfassung schreibt damit zwar eine Verwaltungskontrolle durch Verwaltungsgerichte vor, die Vorschrift des Art. 107 RV besagt aber nichts über das genaue Verhältnis dieser Verwaltungsgerichte zur Verwaltung. Die Frage einer eventuellen Eingliederung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in die Verwaltung blieb also unberührt. Nun lässt sich zwar gerade daraus schliessen, dass bei den Arbeiten an der Weimarer Verfassung dieser Punkt als völlig unbestritten einfach übersehen wurde, und damit der bisherige Zustand als befriedigend übernommen werden sollte.[1] Es konnte jedoch nicht ausbleiben, dass diese Gesetzeslücke Anlass zu reger Auseinandersetzung wurde. Zu beachten ist dabei insbesondere der justizstaatliche Vorstoss, den W. Jellinek 1925 auf der Tagung der deutschen Staatslehrer in Leipzig unternahm.[2] Nachdem es schon der Präsident des Reichsgerichtes, Dr. Simons, bei der Eröffnung dieser Tagung als ein Unglück für die Einheitlichkeit des deutschen Rechtslebens bezeichnet hatte, wenn ein selbstständiges Reichsverwaltungsgericht neben das Reichsgericht gestellt werden würde[3], brachte W. Jellinek in seinem Referat[4] die These vor, Art. 107 RV gestatte auch eine rein oder angenähert justizstaatliche Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit[5]. Jellinek leitete diesen Schluss vornehmlich aus der Entstehungsgeschichte des Art. 107 RV her. Diese sei kurz angeführt.

Die Regierungsvorlage zu Art. 107 RV lautete:

"Ein Reichsgesetz regelt die Verwaltungsrechtspflege in Fragen des Reichsrechts sowie die Einsetzung von Verwaltungsgerichten des Reiches."

Der Abgeordnete Dr. Beyerle beantragte nun, diesem Artikel folgenden Abs. 1 voranzustellen:

"Im Reich und in den Ländern dienen nach Massgabe der Gesetze besondere Verwaltungsgerichte zum Schutze der

1) So Ule: "Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit", S. 14.
2) W. Jellinek: "Der Schutz d.öff.Rechts durch ordentl. und durch Verwaltungsgerichte", VVDStRL 2, 8 ff.
3) VVDStRL 2,S. 6.
4) VVDStRL 2,S. 12.
5) Lassar lehnte im folgenden Referat (S. 83) diese These ab und stellte fest, dass dies das erste Eintreten für eine justizstaatliche Regelung seit 1910 gewesen sei.

Einzelnen gegen Anordnungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden. Wo solche Verwaltungsgerichte noch nicht bestehen, sind die einzuführen.[1]"

Beyerle begründete diesen Antrag nicht, jedoch ist anzunehmen, dass Beyerle in dem vorgelegten Verfassungsentwurf eine Gefahr für die Verwaltungsgerichtsbarkeit der Länder erblickt hatte[2].

Der Verfassungsausschuss liess nun Abs. 2 - d.h., den bisherigen Verfassungsentwurf - entfallen, desgleichen Satz 2 des Antrags Beyerle. Im übrigen erhielt der Artikel bei der Schlussredaktion die spätere Endfassung, die dann auch von der Nationalversammlung angenommen wurde. Bemerkenswert ist jedoch, dass in der 2. Lesung des Verfassungsausschusses auch das Wort "besondere" (vor "Verwaltungsgerichte") gestrichen worden war. Diese Streichung geht auf den Reichsminister Dr. Preuss zurück, der dazu erklärt hatte[3], dass die Hervorhebung der Worte "besondere Verwaltungsgerichte" im Antrag Beyerle "nur den Sinn haben könne, dass sie (nämlich die Verwaltungsgerichte) geschieden sein sollen von den übrigen Gerichten." Preuss fügte noch hinzu: "Sie werden es ja vorläufig sein, aber das zum Verfassungsgrundsatz zu erheben, möchte ich nicht empfehlen." Dr. Preuss hatte auch vorher schon erklärt: "Diese Fassung verbietet verfassungsmässig etwa eine Entwicklung dahin, dass die Verwaltungsrechtspflege mit der ordentlichen Rechtspflege vereinigt wird. Das scheint mir aber gerade das Ideal in der Entwicklung des Rechtsstaates zu sein."

Eine Diskussion darüber fand nicht statt. Das Protokoll[4] vermerkt jedoch zu der Annahme des Antrags Dr. Beyerle: "Da sich Zweifel über das Wort "besondere" erheben, wird nach einer Bemerkung des Abgeordneten Dr. Beyerle, der keinen Wert darauf legt, das Wort "besondere" gestrichen".

1) Vergl. die Protokolle des Verfassungsausschusses, 31. Sitzung vom 27.5. 1919, S. 11 und 20 ff. Dieses Zitat nach W. Jellinek, VVDStRL 2, S. 13.
2) Vergl. Karl Schumacher: "Die Redaktionskommission des Verfassungsausschusses", S. 57.
3) Protokolle des Weimarer Verfassungsausschusses 1919, S. 359.
4) Protokolle des Weimarer Verfassungsausschusses 1919, S. 363.

Aus diesen Vorgängen im Verfassungsausschuss zieht W. Jellinek den Schluss[1], "dass es jedenfalls nicht in der Absicht der Väter der Verfassung lag, die Übertragung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf die ordentlichen Gerichte zu verbieten.[2]" Diese Ansicht setzte sich jedoch nicht durch. Die Mehrzahl der Staatslehrer sprach sich vielmehr dafür aus, das Art. 107 RV an dem bisherigen Zustand der Verwaltungsgerichtsbarkeit nichts geändert habe. So kommentiert Anschütz[3]:

> "Unter Verwaltungsgerichtsbarkeit ist das zu verstehen, was man, seit es in Deutschland Verwaltungsgerichtsbarkeit gibt - d.h. seit den sechziger und siebziger Jahren des 19. Jahrhunderts- immer darunter verstanden hat. Das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist bei uns, in den Einzelstaaten wie im Reiche, von jeher darin gesehen worden, dass die streitentscheidende Staatstätigkeit in Verwaltungssachen ... nicht durch die ordentlichen Gerichte, die Justizgerichte, sondern durch besondere Gerichte ausgeübt wird. Die ... Übertragung des Rechtsschutzes in Verwaltungssachen an die ordentlichen Gerichte ... ist von der Gesetzgebung der Länder und des Reiches aus guten Gründen ebenso nachdrücklich wie nachhaltig abgelehnt worden."

An gleicher Stelle fügt Anschütz noch hinzu:

> "Verwaltungsgerichte sind Behörden, die entweder der Verwaltungsorganisation durch Ein- oder Angliederung angehören, oder, wenn von ihr getrennt, ihr doch, insbesondere durch die Art ihrer Besetzung, durch die an die Vorbildung und Berufserfahrung ihrer Mitglieder gestellten Anforderungen, näherstehen, als dem Organismus der Justiz. Hieraus folgt, dass Art. 107 RV ... eine der vorhandenen Möglichkeiten der Rechtsschutzgestaltung in Verwaltungssachen keinesfalls zulässt: Eine rein justizstaatliche Ordnung der Dinge."

Dieser Ansicht ist auch Genzmer[4]: "Als Verwaltungsgerichte sind Behörden anzusehen, die in einem Zusammenhang mit dem Aufbau der Verwaltung stehen und in einem als Prozess gestalteten Verfahren in richterlicher Unabhängig-

1) VVDStRL 2, S. 14.
2) So auch Koellreuter und Bühler, VVDStRL 2, S. 110 bzw. 112; Fleiner: "Institutionen", S. 250, dort Anm. 40.
3) "Die Verfassung des Deutschen Reiches", Kommentar, zu Art. 107, hier S. 495/96.
4) Handbuch des deutschen Staatsrechts, 2 Bd., § 97: "Die Verwaltungsgerichtsbarkeit", S. 506 ff (518).

> keit Streitsachen, namentlich Verwaltungsstreitsachen, entscheiden. Dieser Zusammenhang mit dem Aufbau der Verwaltung kann darin bestehen, dass eine Verwaltungsbehörde gleichzeitig Verwaltungsgericht ist, oder dass das Verwaltungsgericht bei einer Verwaltungsbehörde gebildet ist. Oder die Verwaltungsgerichte können besondere Behörden innerhalb der Verwaltung sein." Und weiter (S. 519): "Es ergibt sich, das Art. 107 für das Reich und für die Länder Verwaltungsgerichte verlangt, die von den ordentlichen Gerichten unterschieden sein müssen.[1]"

Die Länder haben sich, von wenigen Ausnahmen abgesehen, beim Ausbau ihrer Verwaltungsgerichtsbarkeit von der herrschenden Rechtslehre leiten lassen[2], zumal, worauf Ule[3] hinweist, die Weimarer Verfassung die persönlichen Garantien der richterlichen Unabhängigkeit nur den Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit gewährleistet: Art. 107 RV. Auch dies ist ein Hinweis mehr darauf, dass die Weimarer Verfassung nichts an dem Einbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit in die Verwaltung ändern wollte.

3) Die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach Erlass des Grundgesetzes.

a) Die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Ausübung richterlicher Gewalt.

"Dem Schwebezustand[4] der Verwaltungsgerichtsbarkeit zwischen Justiz und Verwaltung hat das Bonner Grundgesetz ein Ende gemacht[5]." Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist nun eindeutig der rechtsprechenden Gewalt zugeordnet, die Bestimmungen des 9. Abschnittes des Grundgesetzes, betreffend die Rechtsprechung,

---

1) So auch Lassar, VVDStRL 2, 83/84; sowie die Mehrzahl der Diskussionsredner, in der anschliessenden Referatsbesprechung.
2) Übersicht im einzelnen bei W. Jellinek: "Verwaltungsrecht", S. 93.
3) "Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit", S. 15.
4) Thoma: "Zu Ende ist es mit der Harmonie der Ansichten, sobald die Rede auf Begriff, Wesen und Prinzipien der Verwaltungsrechtspflege kommt." (Vergl. DJT 1910 Bd. 1, S. 60).
5) Vergl. Ule: "Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit", S. 15 ; Hinweis auf Loening: "Zur Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsbarkeit", SJZ 1950 Sp. 255 (258); vergl. auch Bachof: "Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz", SJZ 49, Sp. 377 ff; derselbe: "Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz unter besonderer Berücksichtigung des Bonner GG", SJZ 50, Sp. 161 ff und 488 ff.

(Art. 92 - 104 GG) beziehen sich generell auch auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Dies ergibt sich deutlich aus Art. 96 Abs. 1 GG, wo neben der ordentlichen, der Finanz-, Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit als ein Gebiet der rechtsprechenden Gewalt genannt ist.[1] Die Rechtsprechung (und somit alle ihre Teilgebiete) ist den Richtern anvertraut: Art. 92 GG. Alle Gerichte - als die nach Art. 20 Abs. 2 GG geforderten besonderen Organe der Rechtsprechung - sind mit Richtern zu besetzen, die unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen sind: Art. 97 GG.[2] Auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit liegt deshalb in den Händen von unabhängigen Richtern. Darin unterscheidet sich die Regelung des Grundgesetzes deutlich von der Weimarer Regelung dieser Frage, denn in Art. 107 RV wurden die persönlichen Garantien nur den Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugesprochen.

Die heutigen Verwaltungsgerichte sind den übrigen Rechtsprechungsorganen gleichwertige "echte" Gerichte, und ihre Tätigkeit ist Rechtsprechung.[3]

b) Die Verwaltungsgerichtsbarkeit und ihre Trennung von der Verwaltung entsprechend dem Grundsatz der Gewaltenteilung.

Die Zuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur rechtsprechenden Gewalt steht in engem Zusammenhang mit der nach Art. 20 Abs. 2/92 GG vorzunehmenden Scheidung von Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltung. Diese Scheidung, und das ist allgemein anerkannt, ist nun nicht so zu verstehen, dass jedem der 3 Gewaltenträger nur jeweils eine Funktion übertragen wäre[4]. Das Prinzip der Gewaltenteilung ist nirgends rein verwirklicht[5]. So führt Maunz

1) So auch BverfG, BVerfGE 4, 331, Leitsatz 2: "Die Voraussetzungen, unter denen eine Institution als Gericht i.S. des Grundgesetzes anzusehen ist, sind für alle Zweige der Gerichtsbarkeit gleich."
2) Vergl. Bettermann: "Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter", in "Die Grundrechte", HdB. der Theorie und Praxis der Grundrechte, 3. Bd., 2. Halbbd. S. 523.
3) Vergl. Menger: "Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit" in "Die Grundrechte", HdB. der Theorie und Praxis der Grundrechte 3. Bd., 2. Halbbd. 727.
4) Zum Grundsatz der Gewaltenteilung und seiner Durchbrechung vergl. Maunz: "Deutsches Staatsrecht", S. 209 ff.
5) BVerfGE 3, 225 (247); 7, 123 (188); BVerwG, BVerwGE 1, 163 (164); 4, 191 (194); 5, 69 (71/72).

als Beispiel an[1]: "Verwaltung üben die Gesetzgebungsorgane aus:

In den meisten Fällen nur formeller Gesetzgebung, bei Feststellung des Staatshaushaltsplanes, bei Genehmigung von Staatsverträgen, bei Bewilligung von Anleihen, bei der Finanzkontrolle, bei der Einsetzung von Untersuchungsausschüssen, bei der Prüfung und Verbescheidung von Petitionen; in der Wahlprüfung berührt die Legislative sogar den Bereich der Rechtsprechung. Umgekehrt sind der Verwaltung in der Befugnis, Verordnungen zu erlassen, Gesetzgebungsakte teils unmittelbar durch die Verfassung zugewiesen, teils durch Gesetze delegiert. In der Verbescheidung von Rechtsbeschwerden hat ihre Tätigkeit auch rechtsprechenden Charakter. Den Organen der Rechtsprechung schliesslich sind zahlreiche Verwaltungsakte und selbst einige Einwirkungen auf den Bestand von Gesetzen überlassen, und zwar z.B. in folgenden Tätigkeiten: Einerseits in der Bildung der Rechtsprechungskörper, in der Geschäftsverteilung, der Dienstaufsicht, der Gefängnisaufsicht, dem Gerichtskassenwesen, den Sicherungsmassnahmen, den Genehmigungen, den Beurkundungen und dem Registerwesen, den Gnadensachen, der Vertragshilfe, der Abgabe von Rechtsgutachten, andererseits in der Normenkontrolle und der Aufhebung von Rechtsnormen. In all diesen Fällen steht hergebrachtermassen eine Aufgliederung und Verteilung von Tätigkeiten, die Ausflüsse der einen Gewalt sind, unter Organe der anderen Gewalt, nicht dem verfassungsmässigen Grundsatz der Gewaltentrennung im Wege."

Das Prinzip der Gewaltenteilung bleibt jedoch zu beachten, und die Rechtsprechung der oberen Bundesgerichte, besonders aber die des Bundesverfassungsgerichtes, hat des öfteren die Kriterien der geforderten Abgrenzungen aufgezeigt. Dies gilt besonders für das Verhältnis von Exekutive und Legislative zur rechtsprechenden Gewalt, denn hier entspricht nur eine streng durchgeführte Gewaltenteilung der Konzeption des Grundgesetzes[2]. Die auch nach Erlass des Grundgesetzes noch von verschiedenen Autoren[3] geäusserte Ansicht, die Verwaltungsgerichtsbarkeit sei ein Teil des Verwaltungsaufbaues eines Landes oder Fortsetzung der aktiven Verwaltung mit

1) Maunz: "Deutsches Staatsrecht", S. 209.
2) Vergl.: M-D, Art. 20 Randnr. 110, Fussnote 12 a mit Hinweis auf Menger, VVDStRL 15, 20 und 30, sowie H. Schneider in der Festschrift für C. Schmitt 1959, S. 171.
3) Loening: "Die Verordnung Nr. 165 und der Rechtsstaat", DV 49, 85 (89); W. Meiss: "Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenzen der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit" 1953, S. 28; ähnlich auch Baumbach-Lauterbach, "Kommentar zur ZPO", noch in der 19. Aufl. 1950 Anm. 3 c zu § 13 GVG: "Verwaltungsgerichte sind Verwaltungsbehörden mit Aufgaben der Rechtsprechung"; ähnlich auch Höpfner, DV 49, 65; richtig hingegen Menger: "System", S. 58 - 62.

anderen Mitteln, stellt deshalb eine erhebliche Verkennung wesentlicher Eigenschaften der Verwaltungsgerichtsbarkeit dar.

Es wurde schon auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum Fragenkreis der Gewaltenteilung hingewiesen. Welche Masstäbe nun das Bundesverfassungsgericht bei der Abgrenzung von Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung anlegt, sei am Beispiel des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts zu § 69 Abs. 2 des Gesetzes zur Milderung dringender sozialer Notstände (Soforthilfegesetz - SHG vom 8.8. 49)[1] dargestellt. Es sei erlaubt, diesen beispielhaften Fall ausführlich zu behandeln, denn hier wurden erste Ansätze zu einer Vereinigung von Verwaltung und Rechtsprechung in der Hand einer Verwaltungsbehörde von vornherein vereitelt.
Die Entscheidungsformel des Beschlusses[2] lautete: " § 69 Abs. 2 des Gesetzes zur Milderung dringender sozialer Notstände vom 8.8. 49 (WiGBL S. 205) ist insoweit nichtig, als er bestimmt, dass die Beschwerdeausschüsse als Verwaltungsgerichte entscheiden." Angeführt seien auch noch die Leitsätze 2 und 3 zu diesem Beschluss; sie lauten: 2) Die Voraussetzungen unter denen eine Institution als Gericht i. S. des Grundgesetzes anzusehen ist, sind für alle Zweige der Gerichtsbarkeit gleich. 3) Gericht i.S. des Grundgesetzes ist ein Gremium nur dann, wenn seine berufsrichterlichen Mitglieder grundsätzlich hauptamtlich und planmässig endgültig angestellt sind, Richter auf Probe oder auf Widerruf, also nur insoweit herangezogen werden, als das nach verständigem Ermessen zur Heranbildung von Nachwuchs oder aus anderen zwingenden Gründen notwendig ist (Art. 97 Abs. 2 GG).
Gericht i.S. des Grundgesetzes ist ein Gremium dann nicht, wenn ihm institutionell ein Mitglied angehört, das als weisungsgebundener Beamter die gleiche Materie bearbeitet, über die es als unabhängiger Richter zu entscheiden hat (Art. 20 Abs. 2 GG).
Unter Beschränkung auf die in diesem Zusammenhang wesentlichen Ausführungen sei aus den Entscheidungsgründen Folgendes angeführt[3]: Untere Instanzen der Soforthilfe-Behörden waren die innerhalb der bestehenden Behörden der all-

1) BVerfGE 4, 331 ff; Beschluss des ersten Senats vom 9.11. 55.
2) BVerfGE 4, 332.
3) Soweit nicht besonders vermerkt erfolgt nur sinngemässe Wiedergabe des Sachverhalts.

gemeinen Verwaltung in den Stadt- und Landkreisen gebildeten "Ämter für Soforthilfe". Als Mittelbehörden waren die "Landesämter für Soforthilfe" innerhalb von Behörden der allgemeinen Verwaltung errichtet, die der Kreisstufe übergeordnet waren, in den meisten Ländern innerhalb des Innen- oder des Finanzministeriums. Als oberste Soforthilfebehörde wurde das "Hauptamt für Soforthilfe" errichtet, das zunächst dem Direktor der Verwaltung für Finanzen des vereinigten Wirtschaftsgebietes und nach Einrichtung der Bundesverwaltung dem Bundesminister der Finanzen unmittelbar unterstand.
Bei der unteren Verwaltungsstufe, den Ämtern für Soforthilfe, wurden Soforthilfeausschüsse gebildet, die aus dem Leiter des Amtes oder einem Vertreter als Vorsitzendem und 2 - in den Landkreisen vom Kreistag, in den Stadtkreisen von der stadtverordneten Versammlung - auf die Dauer eines Jahres gewählten Beisitzern bestanden. Die hier zur Rede stehenden Beschwerdeausschüsse wurden bei den Landesämtern für Soforthilfe, also bei der Mittelstufe der Verwaltungsbehörden, errichtet. Sie bestanden aus dem Vorsitzenden und 2 Beisitzern. Den Vorsitz führte der Leiter der zuständigen Behörde - d.h. der Leiter des Landesamtes, nicht der Minister, innerhalb dessen Ministeriums es errichtet war - oder ein Vertreter des Behördenleiters. Die beiden Beisitzer wurden von den Landesparlamenten auf die Bauer eines Jahres gewählt. Als letzte Entscheidungsinstanz wurde zunächst beim Hauptamt für Soforthilfe ein aus 5 Mitgliedern bestehender Spruchsenat gebildet, der durch Verordnung vom 15.1. 1951 auf den Bund übergeführt und dem Bundesfinanzhof eingegliedert wurde.
Während die Soforthilfeausschüsse kraft ausdrücklicher Bestimmung (§ 69 Abs. 1 SHG) als Verwaltungsbehörden nach den allgemeinen Weisungen des Präsidenten des Hauptamtes für Soforthilfe entschieden, bestimmte die zur Prüfung gestellte Vorschrift des § 69 Abs. 2 SHG für die Beschwerdeausschüsse und den Spruchsenat: Der Beschwerdeausschuss und der Spruchsenat entscheiden als Verwaltungsgerichte; ihre Mitglieder sind daher als solche unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen.
Gegen die Beschlüsse und Bescheide der Soforthilfeausschüsse konnten der Geschädigte und der Beauftragte des Hauptamtes für Soforthilfe Beschwerde zum Beschwerdeausschuss als einem besonderen Verwaltungsgericht erheben. Die Beschlüsse über

Unterhaltshilfe hatte der Beschwerdeausschuss in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vollständig zu überprüfen, während er bei den Beschlüssen über Anträge auf Ausbildungshilfe, Aufbauhilfe und Hausrathilfe auf die Nachprüfung eines Ermessensmissbrauches beschränkt war. Mit der Beschwerde zum Spruchsenat konnten nur Beschlüsse der Beschwerdeausschüsse auf Unterhaltshilfe unter gewissen Voraussetzungen angefochten werden. Der Spruchsenat war keine 2.Tatsacheninstanz, sondern überprüfte nur Rechtsfragen.
Das Verfahren vor den Beschwerdeausschüssen war weder in dem Soforthilfegesetz noch in einer Durchführungsverordnung umfassend geregelt; vielmehr waren nur einzelne Verfahrensvorschriften gegeben. Im übrigen wurden von den Beschwerdeausschüssen im allgemeinen auch ohne ausdrückliche Verweisung des Soforthilfegesetzes die in den verschiedenen Ländern geltenden verwaltungsgerichtlichen Vorschriften angewendet.
Nachdem das Bundesverfassungsgericht die Zulässigkeit der Prüfungsanträge bejaht hatte, führte es bei der Begründetheit dieser Anträge zum hier interessierenden Problem der Gewaltenteilung folgendes aus (S. 344): "Das Grundgesetz kennt nur einen einheitlichen Begriff von "Rechtsweg" und "Gericht"; es macht für die Anforderungen, die an ein Gericht zu stellen sind, keinen Unterschied zwischen den verschiedenen Zweigen der Gerichtsbarkeit. Das praktische Bedürfnis, die besonderen Verwaltungsgerichte mit fachkundigen Personen zu besetzen und sie einfacher und an die Sonderverhältnisse eines Verwaltungszweiges angepasst zu organisieren, kann daher die für alle Gerichte zu stellenden Anforderungen nicht berühren." Nach Ausführungen zur sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit der Richter fährt das Bundesverfassungsgericht fort (S. 346): "Neben der Weisungsfreiheit und dem gekennzeichneten Mass institutionell gesicherter persönlicher Unabhängigkeit ist jeder richterlichen Tätigkeit wesentlich, dass sie von einem nicht beteiligten Dritten ausgeübt wird, (BVerfGE 3, 377 (381/82)) denn diese Vorstellung ist mit dem Begriff von "Richter" und"Gericht" untrennbar verknüpft, ist diesen Begriffen immanent. Wenn nun der Staat oder eine seiner Behörden Partei ist, so sitzt zwar letzten Endes nie ein Dritter, sondern immer der Staat über sich selbst zu Gericht,

da Verwaltungsbehörden und Gerichte Organe desselben Staates sind. Deshalb kommt in diesem Zusammenhang dem Gebot der Gewaltenteilung eine massgebende Bedeutung zu, wonach die Rechtsprechung durch "besondere", von den Organen der Gesetzgebung und der vollziehenden Gewalt verschiedene Organe des Staates auszuüben ist (Art. 20 Abs. 2 GG). Denn nur wenn die Gerichte als besondere, von der Exekutive getrennte Institutionen gestaltet sind, kann eine Rechtsprechung gegenüber dem Staat oder seinen Behörden i.S. des Art. 19 Abs. 4 GG wie durch einen unbeteiligten Dritten verwirklicht werden. Allerdings fordert das Grundgesetz keine vollständige Trennung von Verwaltung und Rechtsprechung, lässt vielmehr gewisse Überschneidungen zu.... Kommt aber bei der gesetzlich vorgesehenen grundsätzlichen Besetzung eines "Gerichtes" mit persönlich abhängigen Beamten hinzu, dass diese als weisungsgebundene Beamte die gleiche Materie bearbeiten, über die sie als unabhängige Richter entscheiden sollen, so ist ein solches Gremium nicht mehr das von der Verfassung geforderte "besondere" Organ der Staatsgewalt. Der weisungsgebundene Beamte der beteiligten Verwaltung erscheint nach der Natur der Sache selbst als Partei. Er kann nicht durch den Satz, er sei als Richter nicht weisungsgebunden, aus einem Repräsentanten der Exekutive für einzelne Geschäfte in einen Repräsentanten der Rechtsprechung verwandelt werden. Bei solchem Ausmass der Vermischung von Verwaltung und Rechtsprechung ist das Prinzip der Gewaltenteilung i.S. von Art. 20 Abs. 2 GG im Kern verletzt."

Neben der Tatsache, dass der Vorsitzende des Beschwerdeausschusses der persönlichen Unabhängigkeit entbehrte, kritisierte das Bundesverfassungsgericht besonders, dass der Vorsitzende auch nicht als "unbeteiligter Dritter" angesehen werden konnte (S. 348): Sachlich unterstand der Leiter des Landesamtes ... der Aufsicht des Hauptamtes für Soforthilfe; er musste dessen Weisungen nicht nur selbst befolgen, sondern auch die, seiner Aufsicht unterstehenden, Ämter für Soforthilfe, insbesondere deren Leiter und die Soforthilfeausschüsse, zu ihrer Befolgung anhalten. Solche Weisungen betrafen u.a. die Würdigung typischer Tatbestände in bestimmter Weise und

die Auslegung der im Soforthilfegesetz enthaltenen allgemeinen Rechtsbegriffe. Teilte der Vorsitzende des Beschwerdeausschusses die in einer Weisung ausgesprochene Ansicht nicht, so musste er als Richter eine auf solcher Weisung beruhende Entscheidung des Soforthilfeausschusses aufheben, während er als Leiter des Landesamtes den Ausschuss zur Befolgung der Weisung anzuhalten hatte. In solcher Lage wurde ihm eine richterliche Entscheidung ... in überaus bedenklicher Weise erschwert. Hatte er sich aber als Verwaltungsbeamter die Meinung der vorgesetzten Behörde auch innerlich zu eigen gemacht, so konnte er kaum als Richter in gleichgelagerter Sache eine andere Meinung haben."

Angesichts einer solchen Regelung, die Verwaltungsbehörde und Verwaltungsgericht in einer Behörde vereinigte, werden Erinnerungen an die Auseinandersetzung v. Gneist - Bähr wach, und wenn das Bundesverfassungsgericht dann feststellt (S. 358), dass "der Vorsitzende des Beschwerdeausschusses tatsächlich in die Nähe desjenigen rückt, der in eigener Sache entscheidet", so kann dies nur als eine sehr zurückhaltende Kritik bezeichnet werden. Das Bundesverfassungsgericht stellt anschliessend noch klar (S. 352), dass die Beschwerdeausschüsse des SHG somit nicht Gerichte, sondern Organe der Selbstkontrolle der Verwaltung waren." Dadurch die Qualifizierung der Beschwerdeausschüsse als besondere Verwaltungsgerichte zugleich der Weg zu einem Gericht i.S. des Grundgesetzes abgeschnitten wurde, verstösst § 69 Abs. 2 SHG gegen Art. 19 Abs. 4 GG und ist deshalb nichtig."

Bei aller Anerkennung gewisser Überschneidungen der 3 Gewalten ist damit doch das Prinzip der Gewaltenteilung klar herausgestellt und in seinen rechtlichen Konsequenzen beachtet worden.

Sonach geht das Grundgesetz von einer prinzipiellen Scheidung von Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit aus, wobei die Verwaltungsgerichtsbarkeit als der Zweig der Rechtsprechung aufgefasst wird, dem der Rechtsschutz des Einzelnen gegen rechtswidrige Maßnahmen der Verwaltung, damit zugleich

aber auch die Aufrechterhaltung der objektiven Rechtsordnung anvertraut ist[1]. Dem entspricht es auch, wenn das Grundgesetz deutlich zwischen verwaltungsgerichtlichem und verwaltungsbehördlichem Verfahren unterscheidet. So regelt Art. 74 Ziff. 1 GG die Gesetzeskompetenz für das verwaltungsgerichtliche Verfahren[2], von welcher der Bund bei Erlass der Verwaltungsgerichtsordnung Gebrauch gemacht hat, während Art. 84 Abs. 1 GG Regelungen für das verwaltungsbehördliche Verfahren trifft.[3]

Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten:
Verwaltungsgerichtsverfahren und Verwaltungsverfahren sind zu unterscheiden. Das Verwaltungsverfahren bezieht sich auf das Handeln der Verwaltungsbehörden, das Verwaltungsgerichtsverfahren auf die Tätigkeit der Verwaltungsgerichte. Generell ist deshalb das Verwaltungsverfahrensrecht zum allgemeinen Verwaltungsrecht zu zählen.

1) Vergl. Ule: "Verwaltungsprozessrecht" S. 4. Allerdings ist es wohl unzutreffend, wenn Ule ausführt, dass dieser Rechtsschutz nicht auch zur Aufrechterhaltung der objektiven Rechtsordnung gewährt wird, denn gerade im gerichtlichem Schutz individueller Rechte liegt auch eine Bestätigung und Bewährung des objektiven Rechts. Auf diesen Punkt im Referat von Becker weist Bachof in der Diskussion der Hamburger Staatsrechtslehrertagung 1955 zustimmend hin (VVDStRL 14, 177).
2) Nach der herrschenden Lehre steht diese Kompetenz dem Bund zu. Vergl. Ule: DV 1950, S. 1 ff; derselbe: "Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit", S. 11 ff; Bachof DRZ 1950, S. 341; W. Jellinek: DÖV 1950, S. 513; Herrfahrdt: "Bonner Kommentar zum GG", Art. 74 Anm. II, 2 Z 1; von Mangoldt: "Kommentar zum GG", 1953, S. 399; Zweifelnd noch Forsthoff: LB, 7. Aufl. S. 489.
3) Näheres dazu in Kap. VI: Empfiehlt sich eine allgem. gesetzl. Regelung des Verwaltungsverfahrensrechts.

K A P I T E L III

Die Abgrenzung von materiellem Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht

Teil 1: Die Begriffe "materielles Recht" und "Prozessrecht".

Ist die Trennung von Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht erkannt und damit die Zuordnung des Verwaltungsverfahrensrechts zum allgemeinen Verwaltungsrecht festgestellt, so ergibt sich als nächste Frage, wie innerhalb des Verwaltungsrechts das Verwaltungsverfahrensrecht vom materiellen Verwaltungsrecht abzugrenzen ist. Dabei wird insbesondere zu prüfen sein, ob die Abgrenzungsmöglichkeiten zwischen materiellem Recht und Prozessrecht auch eine Abgrenzung von materiellem Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht erlauben.

1) Die Begriffe "materielles Recht" und "Prozessrecht"[1].

Man sollte glauben, dass die beiden genannten Begriffe ihrem Wesen nach und in ihrer Abgrenzung genau erkannt und erforscht seien. Dies ist jedoch nicht in dem Masse der Fall, auf das der öftere Gebrauch dieser Begriffe schliessen lassen könnte, und so bemerkt E. Schmidt[2] mit einem gewissen Recht: "Was gerade in den Kommentaren ganz fehlt, ist die eigentliche Prozesstheorie, vor allem die Erfassung der juristischen Eigenart der prozessualen Normen, verglichen mit den Normen des materiellen Rechts, die Lehre von den Prozesshandlungen und die dazugehörige Herausarbeitung und Verständlichmachung der eigenartigen prozessualen Wertkategorien." Dennoch lässt sich feststellen, dass auch das Prozessrecht rechtstheoretisch erarbeitet wurde, wobei hauptsächlich auf die Arbeiten von Beling, Goldschmidt, Sauer

1) Zwar wurde festgestellt, dass das Verwaltungsverfahrensrecht gerade kein Prozessrecht ist. Jedoch ist hier dem materiellen Recht das Prozessrecht gegenüberzustellen, da der Begriff des materiellen Rechts vornehmlich aus dem Gegensatz zum Prozessrecht heraus entwickelt wurde.
2) Lehrk. Teil 1, Vorwort S. 3.

und Niese zu verweisen ist.[1] Die Arbeiten der genannten Autoren stellen wesentliche Beiträge zur modernen Prozessrechtslehre dar, auf sie ist auch bei der vorzunehmenden Abgrenzung von materiellem Recht und Prozessrecht zurückzugreifen.

So schreibt Niese[2] bei der Definition des materiellen Rechts: "Das materielle Recht ist der Inbegriff aller Normen, die bestimmen, was zwischen den einzelnen Rechtsgenossen und in deren Verhältnis zur übergeordneten staatlichen Gesamtheit rechtens sein soll. Dadurch begründen oder sanktionieren sie eine objektive Wertordnung und stellen auf dieser Grundlage Gebote und Verbote auf, die das Verhalten der Rechtsgenossen untereinander, sowie die Beziehung zwischen dem Staat und den Individuen regeln. Daraus ergeben sich subjektive Rechte und Pflichten zwischen den Beteiligten." Niese fährt dann fort: "Wichtiger als der Gegensatz öffentliches-privates Recht ... ist eine andere Unterscheidung, die für alle Verfahrensarten gilt: Die Normen des Privatrechts bestimmen Entstehung, Veränderung und Untergang, kurz die Existenz und den Inhalt der Rechtsverhältnisse und der daraus entspringenden subjektiven Rechte und Pflichten, sie sind die Grundlage der materiellen Substanz des Rechts, darum nennt man den Inbegriff dieser privatrechtlichen Normen das objektive materielle Privatrecht. Im Prozess bildet das materielle Recht für den Richter den Masstab für die Beurteilung des eingeklagten materiellen Rechtsverhältnisses und ist daher bestimmend für den Inhalt eines in der Sache ergehenden Urteils, das die Klage für begründet oder unbegründet erklärt. Demgegenüber erscheint das Prozessrecht als formelles Recht, denn es regelt nicht den Inhalt der (materiellen)Rechte, sondern die Art und Weise ihrer (prozessualen) Durchsetzung. Die materiellen Normen regeln Existenz und Inhalt des "Rechts die formellen den Rechtsgang, die Art seiner Feststellung und Verwirklichung. Dieser Unterschied gilt durchgängig für das Verhältnis aller materiellen Rechtsgebiete zu den ihnen zugehörigen Prozessen."

Auch Rosenberg[3] geht davon aus, dass "der Gegensatz Zivilprozessrecht-Zivilrecht auszudehnen ist auf das gesamte materielle Recht, auf dem der sachliche Inhalt der Urteile

1) E. Beling: "Deutsches Reichsstrafprozessrecht";
J. Goldschmidt: "Der Prozess als Rechtslage";
W. Niese: "Doppelfunktionelle Prozesshandlungen";
W. Sauer: "Allgemeine Prozessrechtslehre" und "Grundlagen des Prozessrechts".
2) Schönke-Schröder-Niese: "Lehrbuch des ZP", S. 3, 11.
3) Rosenberg: "Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts", S. 4 ff.

beruht. Dem materiellen Recht gegenüber wird das Zivilprozessrecht dann zum formellen Recht. Das Zivilrecht selbst lässt Rechtsverhältnisse entstehen und subjektive Rechte erwerben, aber es tut nichts für die Feststellung jener und die Verwirklichung oder Sicherung dieser. Es wendet sich an die Parteien, gibt ihnen Verhaltungsmassregeln, Rechte und Pflichten; zur Instruktion an den Richter, zur urteilsbestimmenden Entscheidungsnorm wird es durch § 1 GVG (Art. 97 Abs. 1 GG), der den Richter dem Gesetz unterwirft, d.h. ihn verpflichtet, das objektive Recht anzuwenden."

Fasst man aus den angeführten Definitionen die wesentlichen Merkmale zusammen, so zeigt sich, dass die Begründung und Änderung von Rechtsverhältnissen, sowie die Zuordnung von Rechten und Pflichten, ihre Grundlage im materiellen Recht haben, dass ein diesbezüglicher Rechtssatz also materielles Recht darstellt. Demgegenüber erscheint das Prozessrecht als der Normenkomplex, der das Verfahren zur Bewährung der Rechtsordnung durch Feststellung, Verwirklichung und Sicherung von Rechten und Rechtsverhältnissen regelt.

Neben diesen inhaltsbezogenen Merkmalen weist E. Schmidt[1] auf einen weiteren markanten Unterschied zwischen materiellem Recht und Prozessrecht hin. Im Anschluss an Beling[2] führt er aus:

"Beling hat durchaus Recht mit seiner Feststellung, dass der Ausschnitt aus dem Leben, den das Strafprozessrecht regelt, ein anderer ist, als der, den das Strafrecht regelt. In diesem Sinne habe auch ich gesagt, dass sich das Prozessrecht und das materielle Recht auf verschiedene soziale Wirklichkeitsräume beziehen. Das Prozessrecht regelt den Gang eines auf Gewinnung eines richterlichen Urteils hinstrebenden Verfahrens und bestimmt, welche Handlungen zwecks Erreichung dieses Zieles den Prozessbeteiligten als der Ordnung des Verfahrens gemässe Handlungen innerhalb des prozessualen Wirklichkeitsausschnittes zugelassen sein sollen. Das materielle Recht hingegen bezieht sich mit seinen Wertungen nicht auf das Internum dieses prozessualen Raumes, sagt vielmehr, was ausserhalb desselben im Raum der sozialen Lebenswirklichkeit, der sozialen Lebensinteressen "rechtens" sein soll; es be-

1) Lehrk. Teil 1, S. 33/34, Randnr. 26/27.
2) Beling: "Deutsches Reichsstrafprozessrecht", S. 4.

stimmt hier, mit welchen "Handlungen" als willensgetragenen, sozialen Funktionen des Einzelnen dieser in das Volksganze eingegliederte Einzelne im Kampf um's Dasein seine (sehr mannigfachen) Lebensinteressen befriedigen darf."

Diese Unterscheidung der beiden Rechtsgebiete nach ihrer Beziehung auf verschiedene Lebensräume ist prinzipiell zu beachten. Dabei sei jedoch klargestellt, dass das materielle Recht nur im Ausnahmefall der Verwirklichung unter Mithilfe staatlicher Organe (also im Prozess) bedarf. In den meisten Fällen wird das materielle Recht ausserprozessual befolgt, so entspricht es z.B. nicht der Regel, das ein Käufer erst auf Zahlung des Kaufpreises verklagt und später verurteilt werden muss.

Ist man aber in das Stadium des Prozesses eingetreten, so ergeben sich aus Wesen und Funktion des materiellen Rechts gegenüber dem Prozessrecht im Prozesse selbst weitere Abgrenzungen, die sich den vorigen anreihen. Wie J. Goldschmidt[1] richtig erkannte, hat nämlich das Recht für den Richter eine andere Funktion als für den Rechtsunterworfenen. "Im Prozess bildet das materielle Recht für den Richter den Masstab für die Beurteilung des eingeklagten materiellen Rechtsverhältnisses"[2] (Beurteilungsnorm), während das Prozessrecht Bestimmungen darüber trifft, "welche Prozesshandlungen in's Spiel gelassen werden ... und ob und inwiefern sie im Hinblick auf ihr Ziel, die richterliche Sachentscheidung, wirksam sind"[3] (Handlungsnormen).

Dazu ist zu bemerken, dass die Bezeichnung des Prozessrechts als Handlungsnormen (auch Verhaltensnormen) unglücklich gewählt ist, denn auch das materielle Recht ist insoweit Handlungsnorm, als es dem Einzelnen erst sagt, was er tun darf oder lassen muss, d.h. wie er zu handeln hat. Der Begriff Handlungsnorm (Prozessrecht) im Gegensatz zur Beurteilungsnorm (materielles Recht) gewinnt erst dann seinen

1) "Der Prozess als Rechtslage", S. 227 ff.
2) Schönke-Schröder-Niese: "Lehrb. des ZP", S. 11.
3) E. Schmidt: Lehrk. S. 33 Randnr. 25.

richtigen Sinn, wenn dabei auf den "Lebensbereich" des Prozesses abgestellt wird und dann als "Handeln" dasjenige Verhalten der Prozessbeteiligten (Richter und Parteien) bezeichnet wird, das dem Prozessbeteiligten bei und zu der Erlangung einer richterlichen Entscheidung vorgeschrieben und erlaubt ist.

Es ist festzuhalten, dass die Verfahrensnormen nicht nur das (Prozess-) Handeln der Parteien auf das nach der Verfahrensordnung Zulässige beschränken, sondern auch im gleichen Masse - besonders deutlich wird dies beim Strafprozess - den urteilenden Richter binden. Auch dem Richter ist vorgeschrieben, welche Massnahmen er bei seiner Urteilsbildung, zur Fortführung und zur Beendigung eines Prozesses treffen darf. Auf die allgemeine Entwicklung der Prozessordnungen zu ihrer heutigen "Justizförmigkeit" sei dabei nur kurz hingewiesen. Bezüglich des Strafprozesses und seiner Regelung - im übertragenen Sinne dürfte das aber für jede Prozessordnung gelten - bemerkt rückblickend E. Schmidt[1]: "Es wäre sicher in vielen Fällen ohne Schaden für Wahrheit und Gerechtigkeit möglich, diese Verwirklichung (des materiellen Strafrechts. Anm. des Verfassers) auch ohne jedes "Verfahren" durch raschen staatlichen Zugriff durchzuführen. Aber hier ist zu bedenken, dass in der staatlichen Strafrechtspflege die staatliche Macht dem Einzelnen in drastischer und gefährlicher Weise gegenübertritt. Jede Handhabung von Macht involviert die Möglichkeit des Missbrauchs. Von den kriegerischen Auseinandersetzungen der Machthaber abgesehen, hat der Menschheit nichts soviel Leid, Qual und Tränen verursacht, als die in staatlicher Straftätigkeit sich verwirklichende staatliche Macht. Es ist daher die grosse Idee des Rechtsstaates, dass der Staat sich selbst misstraut, seine eigene Macht zügelt und bindet und den erschütternden Erfahrungen Rechnung trägt, die in der Geschichte des Strafrechts mit der Handhabung obrigkeitlicher Macht sich eingestellt haben und sich jedem überwältigend aufdrängen, der sich den Lehren der Geschichte gegenüber aufgeschlossen verhält."

1) Lehrk. S. 32 Randnr. 18/19.

Nach diesem kurzen Ausblick auf den Sinn des Prozessrechts als Verhaltensnorm sei nochmals darauf hingewiesen, dass der Gegensatz Beurteilungsnorm - Verhaltensnorm auf der Funktion der betreffenden Norm im Prozess beruht.

Dies beachtet auch A. Merkl[1], wenn er das Verhältnis von materiellem Recht zum Prozessrecht mit dem Bild von "Weg und Ziel" charakterisiert, jedoch ergibt diese teleologische Betrachtungsweise, wahrscheinlich nur als Verdeutlichung gedacht, gegenüber den vorher aufgezeigten Abgrenzungen keine grundsätzlich neue Unterscheidungsmöglichkeit.

Es muss zugegeben werden, dass trotz der angegebenen Abgrenzungen die Zuordnung einzelner Normen zum formellen oder materiellen Recht "grösste Schwierigkeiten"[2] bereitet. Nur zu gern gibt man deshalb der Versuchung nach, alles das als materielles Recht zu bezeichnen, was in materiellen Gesetzen steht (z.B. im BGB oder im StGB) oder als Prozessrecht das, was die Prozessordnungen enthalten. Gerade das trifft aber nicht zu, die Stellung einer Norm im Gesetz sagt über deren Charakter als formelles oder materielles Recht noch nichts aus, nur Inhalt und Gegenstand der Norm sind dafür ausschlaggebend; das ist heute anerkannt[3]. So ergeben die §§ 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2, ZPO materiellrechtliche Schadenersatzansprüche, § 407 Abs. 2 BGB dagegen ist schon dem Wortlaut nach als Prozessrecht zu erkennen. In ähnlicher Weise enthält auch das Strafgesetzbuch verfahrensrechtliche Vorschriften, wie z.B. die Bestimmungen über den Strafantrag (§§ 61 - 65 StGB)[4] oder die Verfolgungsverjährung[5]. Die Zuordnung der beiden letzteren Punkte zum Prozessrecht erklärt sich dadurch, dass sowohl der Strafantrag, wie auch die Strafverfolgungsverjährung das eigentliche strafrechtliche Rechtsverhältnis, den materiellen

1) A. Merkl:"Allgemeines Verwaltungsrecht", S. 213.
2) Niese: "Doppelfunktionelle Prozesshandlungen", S. 24; auch Schönke-Schröder-Niese: "Lehrb. d. ZP", S. 12.
3) Vergl. E. Schmidt: Lehrk. Teil 1, S. 34 Randnr. 28; Schönke-Schröder-Niese: "Lehrb. d. ZP", S. 11 ff.
4) Herrschende Lehre; vergl. die umfassenden Nachweise bei E. Schmidt, Lehrk. Teil 1, S. 34, Fussnote 31.
5) Herrschende Lehre; vergl. etwa: BGHSt 2. 300 (306) ff, daselbst eingehende Auseinandersetzung mit der älteren Literatur; Schönke-Schröder-Niese: "Lehrb. d. ZP", S. 11/12

Strafanspruch des Staates gegen den Täter einer Straftat unberührt lassen und nur für dessen prozessuale Durchsetzbarkeit, den Rechtsgang, von Bedeutung sind.[1]

Damit sei gezeigt, dass es nicht möglich ist, vom Stand einer Norm innerhalb eines Gesetzes auf die Zuordnung dieser Norm zum formellen oder materiellen Recht Schlüsse zu ziehen; ohne die Beachtung von Inhalt und Gegenstand der Norm kann ein solcher Schluss zu einem durchaus falschen Ergebnis führen.

2) Bemerkungen zu den "Doppelfunktionellen Normen", den "Prozessualen Rechten" und dem Wesen des Prozesses.

Nach den angegebenen Kriterien ist die Scheidung von materiellem Recht und Prozessrecht vorzunehmen. Zur Ergänzung des Vorgetragenen scheint es jedoch angebracht, noch 3 Begriffe zu erläutern, deren Verkennung viel zu den Zweifeln an der Trennung von materiellem Recht und Prozessrecht beigetragen hat, nämlich:

a) "Doppelfunktionelle Normen"
b) Die sog. "Prozessualen Rechte"
c) "Der Prozess als Rechtslage".

a) Die doppelfunktionellen Normen

Die Forderung, dass materielles Recht und Prozessrecht zu unterscheiden sind, hindert nicht die Feststellung, "dass es Normen gibt, die sowohl materiellrechtliche, wie auch prozessrechtliche Funktionen haben, wie es auch Handlungen gibt, die sowohl im prozessualen Raum wie auch im Raum der sozialen Lebensinteressen, Wirkungen äussern."[2] J. Goldschmidt hat in seinem Werk: "Der Prozess als Rechtslage", mehrfach auf die erwähnte Doppelfunktion hingewiesen.[3] Diese Ansätze wurden von Niese aufgegriffen und in eingehender Untersuchung ausgebaut und erläutert.[4]

1) E. Schmidt: Lehrk. Teil 1, S. 34 Randnr. 28; Schönke-Schröder-Niese: "Lehrb. d. ZP", S. 11/12.
2) E. Schmidt: Lehrk. Teil 1, S. 35 Randnr. 29.
3) "Der Prozess als Rechtslage", S. 264, 247, 291 und passim.
4) Niese: "Doppelfunktionelle Prozesshandlungen".

Besonders deutlich zeigt sich im Strafprozess die Möglichkeit und das Wesen doppelfunktioneller Normen. Erinnert man sich nochmals an das Kriterium der Bezogenheit auf verschiedenen Lebensräume, so wird bei jeder strafprozessualen Zwangsmassnahme (z.B. Verhaftung, Durchsuchung, körperliche Untersuchung, Beschlagnahme) klar, dass beide Lebensräume berührt werden. So muss der Eigentümer die gerichtliche Beschlagnahme eines Gegenstandes aus seinem Eigentum, "der als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein kann" (§ 94 StPO) dulden, denn er ist nach § 95 StPO verpflichtet, diesen Gegenstand, wenn er ihn in Gewahrsam hat, auf Anforderung hin vorzulegen und auszuliefern. Die Beschlagnahme, als mindestens zeitweise Entziehung der tatsächlichen Verfügungsmacht, stellt fraglos eine Einwirkung auf den Raum der sozialen Lebensinteressen dar (Indiz für materielles Recht). Gleichzeitig ist die Beschlagnahme insofern eine charakteristische Prozesshandlung, als sie der Sicherstellung von Beweismitteln im Prozess dient; ihre Anordnung ergeht also nach Prozessrecht (Diese Doppelfunktion könnte an jeder prozessualen Zwangsmassnahme nachgewiesen werden). Das Prozessrecht zeigt hier deutliche "Übergriffe" in den ausserprozessualen Raum und kann zu schwerwiegenden Eingriffen in die sozialen Lebensinteressen des Betroffenen führen, obwohl diese Interessen teilweise sogar unter Verfassungsschutz stehen. So entspricht eine Verhaftung und Vorführung einem Eingriff in die persönlichen Freiheitsrechte, eine Beschlagnahme einer Verletzung des Eigentums usw; vergl. dazu die Artikel 2 Abs. 2, 10. 13 Abs. 2, 14, 19 GG[1]. Zu diesem "doppelten Gehalt" der doppelfunktionellen Prozesshandlungen bemerkt Niese[2]: "Das Eigenartige der doppelfunktionellen Prozesshandlungen liegt darin, dass von ihren gesetzlichen Voraussetzungen, die im Prozess geregelt sind, zugleich ihre prozessuale Zulässigkeit, dann aber auch ihre materielle Rechtsmässigkeit

1) Niese: "Doppelfunktionelle Prozesshandlungen", S. 48/49, führt als solche Prozesshandlungen auf: 1. Das Erzwingen der Anwesenheit des Beschuldigten. 2. Das Aufsuchen und Sicherstellen von Beweismitteln. 3. Zwangsmassnahmen gegen Zeugen (im Straf- und Zivilprozess). 4. Sitzungspolizeiliche Massnahmen.

2) Niese: "Doppelfunktionelle Prozesshandlungen", S. 131; vergl. auch E. Schmidt, "Staatsanwalt und Gericht"in "Festschrift für Kohlrausch" 1944, S. 263 (305) ebenso in Lehrk. Teil 1, S. 48 Randnr. 64.

abhängt." Bei der Anwendung diesbezüglicher Rechtssätze, so fügt E. Schmidt[1] hinzu, ist jeweils sauber zu unterscheiden, ob an ihnen die Zulässigkeit einer Handlung im Hinblick auf ihre prozessuale Funktion oder die Rechtmässigkeit der gleichen Handlung im Hinblick auf ihre Auswirkung auf rechtlich geschützte soziale Lebensinteressen zu prüfen ist.

Diese "unlösbare Verkoppelung"[2] von Prozessrecht und materiellem Recht ist dadurch zu erklären, dass der Ausgestaltung des Prozesses verschiedene, teilweise widerstreitende Prinzipien zugrunde liegen. Eines dieser Prinzipien ist der Grundsatz der schrankenlosen Wahrheitsforschung, nach welchem jede Massnahme zulässig wäre, die einen weiteren Schritt zur Herausarbeitung der Wahrheit ermöglichen würde. Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit beschränkt jedoch diese schrankenlose Wahrheitsermittlung und verdeutlicht, wie stark das materielle (Verfassungs-) Recht die Ausgestaltung des Prozesses beeinflusst, sodass nicht mehr jede, sondern nur noch eine zugelassene Massnahme zur Wahrheitsermittlung herangezogen werden darf.

Die angeführte Verkoppelung von Prozessrecht und materiellem Recht ist also darin zu sehen, dass die betreffende Norm in ihrer Funktion als Prozessrecht über die Zulässigkeit einer Massnahme bestimmt, diese Zulässigkeit dann aber zum Tatbestandsmerkmal einer materiellrechtlichen Norm wird. Die Zulässigkeit bedingt somit die Rechtmässigkeit der betreffenden Handlung, so erwächst z.B. aus der Zulässigkeit der Verhaftung im Einzelfall das Recht für den Staat, sich des Betroffenen zu bemächtigen und ihn in Untersuchungshaft zu bringen. Dass es sich dabei um materielles Recht handelt, sei nochmals klargestellt, denn nur unter Beachtung dessen ist es möglich, den Charakter der sog. prozessualen Rechte und Pflichten darzustellen, worauf sofort einzugehen ist.

1) E. Schmidt: Lehrk. Teil 1, S. 36 Randnr. 32.
2) Niese: "Narkoanalyse als doppelfunktionelle Prozesshandlung", ZStW 63, 199 (222); vergl. auch E. Schmidt: Lehrk. Teil 1, S. 48 Randnr. 63.

b) Die sog. prozessualen Rechte und Pflichten[1].

Auch über diese beiden Begriffe besteht teilweise Unklarheit, was nicht zuletzt durch die öftere Verkennung der oben beschriebenen doppelfunktionellen Prozessnormen und Prozesshandlungen bedingt ist.

Versteht man aber unter prozessualen Rechten nur solche Rechte, die sich ausschliesslich innerhalb des prozessualen Raumes auswirken, so wird sofort klar, dass doppelfunktionelle Normen wegen ihres materiellrechtlichen Gehalts nicht die Grundlage für lediglich innerprozessuale Rechte sein können. E. Schmidt[2] weist zutreffend darauf hin, dass hier auch oftmals die Gefahr besteht, das als prozessuales Recht zu deuten, was in Wirklichkeit ein echtes, aus dem materiellen Recht abgeleitetes subjektives Recht ist.

Wendet man sich nun den Rechtshandlungen im ausschliesslich prozessualen Bereich zu, so ergibt sich zunächst aus dem Wirkungskreis dieser Handlungen, dass sie nicht auf Grund eines materiellen Rechts vorgenommen werden, dass hier vielmehr bei der Verwendung des Begriffs eines Rechtes bestimmte Einschränkungen gemacht werden müssen. Gerade weil es sich nicht um materielles Recht - und gewöhnlich wird unter "Recht" materielles Recht verstanden - handelt, kommt E. Schmidt[3] zu der Feststellung, dass es "schief" sei, von "Rechten" zur Vornahme prozessualer Handlungen zu sprechen, etwa von einem "Recht" zur Stellung eines Beweisantrages, eines Strafantrages oder vom Recht zur Einlegung eines Rechtsmittels. E. Schmidt[3] schlägt deshalb vor, diese Rechte "prozessuale Rechte" zu nennen und definiert diese prozessualen Rechte dann so, dass sich aus ihnen die "Möglichkeit" zur Vornahme einer Prozesshandlung ergibt. Klar erkennt E. Schmidt[4] auch, dass sich die prozessualen Rechte nur auf

1) Dazu allgem. Lent: "Lasten und Pflichten im Zivilprozess", ZZP Bd. 67, 344 ff.
2) Lehrk. Teil 1, S. 48 Randnr. 63.
3) Lehrk. Teil 1, S. 46 Randnr. 61.
4) Lehrk. Teil 1, S. 47 Randnr. 62.

Mitgestaltung des Verfahrens durch die Beteiligten beziehen, wobei die prozessuale Berechtigung keinen direkten Einfluss auf den Erfolg in der Sache selbst hat.

Auf ähnliche Erscheinungen im öffentlichen Recht haben Bachof[1], Menger[2] und Haueisen[3], daran anschliessend auch Heinzmann[4], unter dem Stichwort des formellen subjektiven Rechts hingewiesen. So definiert etwa Heinzmann[5], "Während bei einem materiellen subjektiven Recht der Einzelne die Berechtigung hat, vom Verpflichteten, dem Staat, in einem Verfahren einen bestimmten Erfolg in der Sache selbst verlangen zu können, gewährt das formelle subjektive Recht nur einen Anspruch, vom Staat bei dem zu einem sachlichen Erfolg führenden Verfahren ein bestimmtes Verhalten verlangen zu können."
Ersichtlich decken sich also in der Sache die Begriffe prozessuales und formelles Recht. Lediglich insoweit wäre zu differenzieren, als sich das prozessuale Recht auf den Prozess, also das Verfahren vor Gericht, bezieht, während das formelle Recht sich begrifflich auf jedes Verfahren, also auch auf das verwaltungsbehördliche Verfahren, beziehen kann. Das formelle Recht ist also der weitere Begriff.

Auch bei den prozessualen Pflichten liegt eine Verkennung ihres Charakters nahe. Diejenigen Pflichten nämlich, auf Grund deren ein Prozessbeteiligter eine prozessuale Massnahme selbst vornehmen oder dulden muss, stellen materiellrechtliche Pflichten dar. (Dabei sei nochmals auf das zu den doppelfunktionellen Normen Gesagte verwiesen). So rechnet Niese[6] zu den materiellen (und nicht etwa zu den prozessualen) Pflichten, die Erscheinungspflicht des Angeklagten, der Zeugen und Sachverständigen, wobei diese Gehorsamspflicht als staatsbürgerliche Pflicht aus der Pflichtigkeit des Bürgers gegenüber dem Staat hergeleitet wird[7].

1) "Vornahmeklage", S. 68, 78.
2) Menger "System", S. 120, Anm. 32.
3) DVBl 52, 522.
4) "Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren".
5) "Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren", S. 48.
6) "Doppelfunktionelle Prozesshandlungen", S. 65.
7) Vergl. J. Goldschmidt: "Der Prozess als Rechtslage", S. 70; so auch E. Schmidt: Lehrk. Teil 1, S. 48 Randnr. 64.

Prozessualen Pflichten hingegen unterliegt der Prozessbeteiligte nur insofern, als er bestimmte Handlungen nicht versäumen darf, um den Prozessverlauf möglichst in einem ihm günstigen Sinne zu steuern. Goldschmidt[1] charakterisiert deshalb zutreffend die prozessualen Pflichten als "Pflichten des Prozessbeteiligten gegen sich selbst". Dies erklärt sich, wenn man sich die wichtigsten dieser Pflichten vor Augen hält: Einlassungs-, Erklärungs-, Substantiierungs-, Beweis-, Eides-, Kostenvorschuss-, Urkundeneditions-, Informations- und Prozessführungspflicht[2]. Alle diese Pflichten können den Prozessbeteiligten nicht abgezwungen werden, der Betreffende versäumt es aber bei Unterlassen, den Prozessverlauf möglicherweise in seinem Sinne und zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Darin liegt natürlich auch ein gewisser Zwang. Dieser psychologische Zwang ist aber gänzlich anderer Natur, als die Pflichtigkeit, die einer materiellrechtlichen Norm entspringt.
Die Bestimmungen über die damit charakterisierten prozessualen Pflichten beziehen sich, wie diejenigen über die prozessualen Rechte, nur auf das Prozessgeschehen. Auch sie sind deshalb als Prozessrecht zu bezeichnen.

c) Der Begriff und das Wesen des Prozesses.

Wie schon dargelegt, dient der Prozess der Bewährung und Durchsetzung des materiellen Rechts durch richterliche Entscheidung. Die richterliche Entscheidung ist das Ziel des Prozesses, das Bestreben, dieses Ziel zu erreichen, äussert sich in den Prozesshandlungen der Prozessbeteiligten. Die dabei zulässigen Handlungen werden durch das Prozessrecht bestimmt.

Es ist streitig, ob der Prozess als Rechtsverhältnis aufzufassen ist. Niese[3] hält die Erkenntnis, der Prozess sei ein

1) "Der Prozess als Rechtslage", S. 100.
2) So Niese: "Doppelfunktionelle Prozesshandlungen", S. 67; Zur Pflicht zur Vorlage einer Urkunde vergl. auch Lent: "Lasten und Pflichten im Zivilprozess", ZZO Bd. 67, S. 354;
3) Schönke-Schröder-Niese: Lehrb. des ZP, S. 27; anders Niese noch in "doppelfunktionelle Prozesshandlungen", S. 57 ff.

echtsverhältnis, im Anschluss an Walsmann[1] deshalb für notendig und auch sinnvoll, weil dadurch klargestellt wird, ass die Prozesshandlungen eine einheitliche Rechtsbeziehung arstellen und kein blosses Konglomerat von Handlungen der arteien und des Gerichts sind.

Scheint schon diese Begründung nicht stichhaltig, o begründet auch Rosenberg seine Ansicht vom Prozess als echtsverhältnis entgegen der Ansicht Goldschmidts[2] im weentlichen nur damit, dass "die Vorstellung vom Prozess als iner rechtlichen Einheit einen grossen Lehrwert habe." ies belegt Rosenberg anschliessend durch die Erläuterung des nhalts dieses Prozessrechtsverhältnisses. Zuvor stellt ber auch er klar, dass das Prozessrechtsverhältnis tatächlich nicht die grosse Bedeutung hat, die ihm O. Bülow uerkennen wollte, dass darüber hinaus das Prozessrechtsverältnis für die Systematik des Prozessrechts nicht notwenigerweise eine Rolle spielt. Gleicher Ansicht ist wohl uch Lent[3], wenn er ausführt: "Es handelt sich dabei (beim rozessrechtsverhältnis. Anm. des Verfassers) weniger um inen praktisch wichtigen Begriff ... , sondern mehr um eine onstruktive Zusammenfassung einzelner Rechte und Pflichten u einem übergeordneten theoretischen Begriff."

Um eine solche "konstruktive Zusammenfassung" zu finen, bedarf es aber nicht des irreführenden Bildes vom Proess als Rechtsverhältnis, denn die gesuchte Zusammenfassung rgibt sich in genügendem Masse daraus, dass der Prozess sich icht aus beliebigen Handlungen zusammensetzt, sondern nur us solchen, die ihren Sinn und Zusammenhalt durch ihre Zielichtung auf eine richterliche Entscheidung hin erlangen[4].

) Walsmann: "Rechtsstreit und Vollstreckung", S. 10.
) Goldschmidt: "Der Prozess als Rechtslage";
Rosenberg: "Lehrb. d. ZP", S. 7.
) Lent: "Zivilprozessrecht", S. 84.
) So insbesondere Goldschmidt: "Der Prozess als Rechtslage" durchgehend; im Anschluss daran E. Schmidt: Lehrk. Teil 1, S. 39 - 43, hier insbesondere S. 40 Randnr. 42.

Dabei führt jede dieser Handlungen, in Bezug auf das Urteil, zu einer neuen Situation, einer neuen "Lage", von der aus jeder Beteiligte seine Aussicht auf das ihm erwünschte Urtei prüfen und sich überlegen kann, welche Handlungen er weiter vornehmen muss, um diese Aussichten günstiger zu gestalten[1].

Goldschmidt hat bei dem von ihm gefundenen Begriff der "Lage" den von Kohler[2] geprägten Begriff der "rechtlichen Situation" weiter entwickelt und versteht unter "Prozesslage" den Stand der Angelegenheit einer Person, betracht unter dem Gesichtspunkt des nach Massgabe des Rechts zu erwartenden richterlichen Urteils.

So gesehen ist der Prozess, der durch das Prozessrecht geordnete, durch die zugelassenen Prozesshandlungen von Lage zu Lage sich weiterentwickelnde Vorgang, der eine richterliche Entscheidung über ein materiellrechtliches Rechtsverhältnis zum Endziel hat.

1) E. Schmidt: Lehrk. Teil 1, S. 41 Randnr. 44.
2) Kohler: "Der Prozess als Rechtsverhältnis", insbesondere S. 66 ff.

K A P I T E L III

T e i l 2

Das Verwaltungsverfahren

I. Der Begriff "Verfahren" allgemein.

Als Verfahren bezeichnet man eine Reihe von Handlungen oder Massnahmen, die zur Erreichung eines bestimmten Zweckes oder Zieles vorgenommen werden. Der Zweck bedingt dabei die Reihenfolge und die Ausgestaltung der einzelnen Massnahmen.

Zu diesem Sinne des Verfahrens - zweckmässige Erreichung eines bestimmten Zieles - tritt, wenn der Begriff Verfahren im rechtlichen Sinne gebraucht wird, eine weitere Bedeutung hinzu, nämlich die, dass alle anderen, eventuell auch möglichen Massnahmen zur Erreichung des betreffenden Zieles ausgeschlossen sein sollen, d.h., dass sie unzulässig sind.

Das Verfahren setzt also den am Verfahren Beteiligten Schranken in dem Sinne, dass das erstrebte Ziel nur noch auf dem verfahrensmässigen Weg zu erreichen ist. Dass bei der Ausgestaltung eines Rechtsverfahrens nicht mehr lediglich von Zweckmässigkeitsgesichtspunkten ausgegangen werden darf, sei schon hier hervorgehoben; im einzelnen ist darauf später einzugehen.

Der allgemeine Begriff "Verfahren" wird dadurch näher festgelegt, dass schon bei der Bezeichnung der Zweck oder das Anwendungsgebiet berücksichtigt werden; so regeln z.B. die Vorschriften über das "gerichtliche Verfahren" (vergl. etwa Art. 74 Ziff. 1 GG) diejenigen Massnahmen, die zur Erreichung einer richterlichen Entscheidung getroffen werden dürfen und getroffen werden müssen. Die gesetzliche Regelung des gerichtlichen Verfahrens wird als Prozessrecht bezeichnet; Der Begriff "Verfahrensrecht" ist der übergeordnete, weitere Begriff. Die Bemerkung Pfeifers[1], jedes Verfahren sei ein

1) VVDStRL 17, 220.

"procedere", weshalb das Verwaltungsverfahren letztlich auch Prozessrecht sei, ist deshalb unzutreffend und nur irreführend.

II) Der Begriff des Verwaltungsverfahrens.

Allgemeine Bemerkungen als Ansatz zu näherer Bestimmung.[1]

Vom Begriffe ausgehend ist somit als Verwaltungsverfahren ganz allgemein das Verfahren der Verwaltungsbehörden anzusprechen. Der Begriff "Verwaltung" ist hier rein formell zu verstehen, wie ja auch der Begriff des Verwaltungsverfahrens in Art. 84 Abs. 1 GG in formellem Sinne verwendet wird, was aus der Gegenüberstellung von Art. 84 Abs. 1 GG und Art. 74 Ziff. 1 GG ersichtlich ist.

Die damit erfolgte Beschränkung auf den formellen Verwaltungsbegriff, entsprechend den Art. 84 Abs. 1 GG und 74 Ziff. 1 GG, erweist sich auch als durchaus zweckmässig, denn dadurch wird von vornherein der Bereich aus der Untersuchung ausgeklammert, in dem Gerichte verwaltende Tätigkeit ausüben, wie dies insbesondere im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Fall ist.[2] Letztere zählt aber zum gerichtlichen Verfahren i.S. von Art. 74 Ziff. 1 GG[3]. Andererseits ist die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden nicht auf blosse (materielle) Verwaltung beschränkt: Beim Erlass von Rechtsverordnungen, Satzungen oder Verwaltungsvorschriften sind die Verwaltungsbehörden mit der Rechtsetzung befasst. Zu Recht bemerkt jedoch Bettermann[4], dass es nicht gerechtfertigt erscheint, diese (nicht verwaltende) Tätigkeit von vornherein aus dem Verwaltungsverfahren auszuscheiden, da die Grenzen zwischen abstrakter und konkreter Regelung im Bereich der Verwaltung flüssig seien; zum anderen, so ist hinzuzufügen, wäre es rechtspolitisch falsch, gerade diese wich-

1) Vergl. dazu und im Folgenden Bettermann: "Das Verwaltungsverfahren", VVDStRL 17, S. 118 ff.
2) Vergl. dazu Bettermann: "Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung", in Festschrift für Lent 1957, S. 17 ff; desgleichen W. Wertenbruch: "Registereintragung der freiwilligen Gerichtsbarkeit als Verwaltungsakte", DÖV 58, S. 732 ff.
3) F. Baur: "Freiwillige Gerichtsbarkeit", S. 18 ff.
4) Bettermann: "Das VV", VVDStRL 17, S. 118.

tige Tätigkeit der Behörden ohne verfahrensrechtliche Regelung zu lassen.

Von dem so bestimmten Begriff des Verwaltungsverfahrens, als dem Verfahren der Verwaltungsbehörden, ist im Folgenden auszugehen. Bevor nun mit einer näheren Bestimmung des Verwaltungsverfahrens begonnen wird, scheint es angebracht, den Begriff des materiellen Verwaltungsrechts zu erläutern, damit dieser Begriff bei der später vorzunehmenden Abgrenzung von materiellem Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht vorausgesetzt werden kann.

III) Das materielle Verwaltungsrecht.

Bei der Abgrenzung von materiellem Recht und Prozessrecht (oben S. 29 - 35) waren als Kriterien des materiellen Rechts 3 Merkmale herausgestellt worden:

1) Der Inhalt der Norm (die Zuordnung von Rechten und Pflichten).
2) Die Beziehung auf einen bestimmten Lebensbereich.
3) Die Funktion im Prozess (als Beurteilungsnorm).

Die Merkmale 2 und 3 ergaben sich dabei aus der Gegenüberstellung von materiellem Recht und Prozessrecht und dienen nur der diesbezüglichen Abgrenzung, sie könnten deshalb wiederum nur bei der Abgrenzung von materiellem Verwaltungsrecht (VR) und Verwaltungsprozessrecht herangezogen werden. Darum geht es hier jedoch nicht. Hier ist das materielle Verwaltungsrecht dem Inhalt nach zu bestimmen, und deshalb ist es naheliegend, zu untersuchen, ob das vornehmlich im Zivil- und Strafrecht entwickelte inhaltsbezogene Merkmal des materiellen Rechts, nämlich die Zuordnung von Rechten und Pflichten, auch für das materielle VR zutrifft. Dies ist nicht selbstverständlich, denn es ist durchaus zutreffend und beachtenswert, wenn Forsthoff darauf hinweist[1], dass eine dem Justizrecht entsprechende rechtstechnische Durchgestaltung dem VR grund-

1) Forsthoff, Lb. S. 78.

sätzlich fremd sei. Wie oben (S. 29 - 35) dargelegt wurde, sind diejenigen Rechtssätze als materielles Recht zu bezeichnen, die die Entstehung, Veränderung und den Untergang, kurz, die Existenz und den Inhalt der Rechtsverhältnisse und die daraus entspringenden subjektiven Rechte und Pflichten betreffen. Dabei war auch schon gesagt worden, dass diese Definition für alle Rechtsgebiete zu gelten habe, also auch für das VR.[1] Demnach kritisiert Merk[2] zu Recht, dass Bettermann bei der Bestimmung des materiellen VR's[3] das Verwaltungsrechtsverhältnis nicht auch zu Diskussion gestellt habe, denn gerade die die Rechtsverhältnisse regelnden Normen stellen das materielle Recht dar. Wesentlich ist dabei allerdings die Klärung der Frage, ob der Begriff des Rechtsverhältnisses, so wie er im Zivilrecht gebraucht und entwickelt wurde, auch im öffentlichen Recht angewandt werden darf. Forsthoff[4] bemerkt dazu: "Sie (die Verwaltung. Anm. des Verfassers)[5] eine Leistung oder legt ihm eine sonstige.Pflicht auf, sie erlaubt oder duldet. Damit tritt sie in ein Rechtsverhältnis mit dem Einzelnen ein. Dieses Rechtsverhältnis weist nur ganz äusserlich Parallelen zum Schuldverhältnis auf. Die daran Beteiligten sind einander nicht koordiniert, sondern die Verwaltung tritt dem Einzelnen mit hoheitlicher Gewalt einseitig befehlend gegenüber'. Sieht man aber von dem Merkmal der Über- und Unterordnung ab, - hierin unterscheiden sich öffentliches und privates Recht ihrer Definition nach - so ist der Begriff des Rechtsverhältnisses im öffentlichen Recht der gleiche wie im Privatrecht. Die Zuordnung von Rechten und Pflichten und die daraus entstehenden Rechtsverhältnisse beurteilen sich deshalb im Zivilrecht wie im öffentlichen Recht nach materiellem Recht. Dies ist bei der Bestimmung des materiellen VR's zu beachten.

---

1) Vergl. dazu auch die Ausführungen des BVerwG zum Begriff des materiellen Rechts in NJW 61, S. 1131.
2) VVDStRL 17, S. 220.
3) VVDStRL 17, S. 120/121.
4) Forsthoff, Lb, S. 165.
5) Hier ist zu ergänzen: Verlangt von ihm (dem Einzelnen) ...

Daraus ergibt sich auch, dass jeder Verwaltungsakt (VA) seinem Inhalt nach auf materiellem VR beruht, denn jeder VA führt zu einer "rechtlichen Regelung" eines Einzelfalles und begründet damit ein Rechtsverhältnis.

Dass die Rechtsverhältnisse zwischen der öffentlichen Gewalt und dem Einzelnen den Kernpunkt des materiellen VR's darstellen, unterstreicht auch Nebinger im Vorwort zu seinem "Verwaltungsrecht"[1], wenn er schreibt:

> "Durch eine zwar nicht restlose, aber weitgehende Ausscheidung des Verfahrensrechts soll die Erkenntnis der besonderen Wichtigkeit der materiellen Gesichtspunkte erreicht werden, bei denen es doch letzten Endes immer um die Grundlegung und Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen der öffentlichen Gewalt und dem Einzelnen geht."

Die damit geschilderten Rechtsbeziehungen[2], die dem materiellen VR entspringen, bestehen in der Zuordnung von Rechten und Pflichten, die in der Hand des berechtigten Subjekts zu subjektiven Rechten werden. Dabei weist das subjektive öffentliche Recht gegenüber dem subjektiven Recht an sich keine grundsätzliche Besonderheit auf[3], es sei denn, dass darauf hinzuweisen ist, dass die Figur des subjektiven öffentlichen Rechts erst durch die Vorstellung vom Staat als einer juristischen Person ermöglicht wird, denn erst dadurch erhält das subjektive öffentliche Recht auch einen Verpflichteten[4].

Held[5] bemerkt dazu noch: "Dieses (das materielle Verwaltungsrecht) berechtigt und verpflichtet zwar nicht (nur) wie klassisches materielles Recht den Bürger. Es berechtigt und verpflichtet vielmehr (auch) öffentlichrechtliche Körperschaften und Behörden. Zum Begriff des materiellen Rechts gehört es aber keineswegs, dass es nur Bürger berechtigt und verpflichtet. Auch Rechte juristischer Personen, besonders von juristischen Personen des öffentlichen Rechts müssen ja

---

1) R. Nebinger: "Verwaltungsrecht" im Vorwort S. VII/VIII.
2) Solche Rechtsbeziehungen sind möglich zwischen der Verwaltung und dem Einzelnen, aber auch zwischen verschiedenen Verwaltungsbehörden sowie zwischen einem Einzelnen (oder einer Verwaltungsbehörde) und einem Gegenstand, der dem öffentlichen Recht unterliegt.
3) Vergl. Bachof: "Vornahmeklage", S. 65.
4) Vergl. Forsthoff: Lb. S. 170; so auch Jellinek: "Verwaltungsrecht", S. 191.
5) K. Held: "Der autonome Verwaltungsstil der Länder und das Bundesratsveto nach Art. 84 Abs. 1 des Grundgesetzes, AöR Bd. 80, 50 (S. 76).

> vielfach durch Gesetz bestimmt werden." (Die mit Klammern bezeichneten Worte dieses Zitats sind vom Verfasser zur Erläuterung hinzugefügt worden).

Vom gleichen Ansatz geht auch Menger[1] aus, wenn er das, was durch das Verwaltungshandeln dem Adressaten inhaltlich zur Pflicht gemacht wird, als materielles Verwaltungsrecht bezeichnet, denn auch dabei geht es um die Frage, ob und wie (inhaltlich) die Verwaltung das Rechtsverhältnis zum Adressaten gestalten darf. Ähnlich ist auch Bettermanns Definition des materiellen VR's[2]: "Das materielle VR regelt nicht nur die Ziele der Verwaltung, sondern auch den Gegenstand, den Adressaten und den Inhalt ihres Handelns."

Das materielle Verwaltungsrecht enthält also insbesondere die Bestimmungen darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen die Verwaltung (es bedarf hier der Vorstellung vom Staat als einer handelnden juristischen Person) i.S. der Verwaltungsaufgaben regelnd einzugreifen berechtigt oder verpflichtet ist. Zutreffend bemerkt dabei E. Schmidt[3], dass oftmals schon mit den Worten "berechtigen" oder "verpflichten" eine materiellrechtliche Wertung angedeutet ist, dass diese Worte also gewissermassen ein Indiz für materielles Recht sind.

Demnach kritisiert es Held[4] zu Recht, wenn der Rechtsausschuss des Bundesrats das Verwaltungsverfahren i.S. des Art. 84 Abs. 1 GG wie folgt definiert hat[5]: "Zur Regelung

> des Verwaltungsverfahrens gehören nicht nur Vorschriften darüber, in welcher Art und Weise und in welchen Formen Landesbehörden tätig zu werden haben (z.B., Vorschriften über Rechtsbehelfe, Beschwerdefristen, Anhörung von Sachverständigen, Zuständigkeitsnormen in einem Verfahrenszug), sondern auch Bestimmungen darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen Landesbehörden tätig werden oder tätig werden können."

Held führt dazu aus, dass diese Definition zu weit sei, denn "nicht selten werden Bestimmungen darüber, ob und unter

---

1) Menger: "System", S. 102/103; derselbe: VVDStRL 17,S. 219.
2) Bettermann: "Das VV", S. 120.
3) E. Schmidt: "Lehrk. Teil 1", S. 46 Randnr. 60.
4) Held: "Zu Art. 84 Abs. 1 des Grundgesetzes", AöR Bd. 80, S. 50 (73 - 75).
5) 95. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundesrats, Protokoll S. 5 ff und Anl. 1 R 131/52; bei Behandlung des Deutschlandvertrages.

welchen Voraussetzungen Landesbehörden tätig werden oder tätig werden können, zum materiellen Recht gehören."
Dazu sei noch bemerkt, dass sowohl der Rechtsausschuss des Bundesrats wie auch Held in gewisser Weise für sich in Anspruch nehmen können, teilweise Recht zu haben, denn die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Behörden eingreifen können, kann sowohl in verfahrensrechtlicher wie in materiellrechtlicher Hinsicht gestellt werden. Bei einer diesbezüglichen Ermittlung des materiellen VR's ist darauf abzustellen, dass beim materiellen VR das "ob" des Verwaltungshandelns mit den Begriffen "berechtigen" oder "verpflichten" in Beziehung steht; die Frage, ob die Verwaltung berechtigt ist, dies oder jenes zu tun, bemisst sich nach materiellem Recht, während ein unbestimmtes "ob" des Verwaltungshandelns sich durchaus auch als verfahrensrechtliche Voraussetzung herausstellen könnte. Es sei nur an den Antrag auf Erlass eines VA's als eine verfahrensrechtliche Voraussetzung erinnert. Dass der Antrag als eine Voraussetzung des Verwaltungshandelns zum Verwaltungsverfahrensrecht gehört und kein materielles Recht darstellt, ist augenscheinlich, die Abgrenzung ist aber bei der oftmals zitierten "dichten Gemengelage materieller und verfahrensrechtlicher Vorschriften"[1] im zeitgenössischen Verwaltungsrecht nicht immer so auffällig. Es ist jeweils im Einzelfall zu untersuchen, ob eine Regelung, welche die Voraussetzungen des Verwaltungshandelns regelt, Verfahrensrecht oder materielles Recht darstellt.[2]

Zusammenfassend wäre festzuhalten: Die Regeln über Existenz und Inhalt der Verwaltungsrechtsverhältnisse, über die Zuordnung von Rechten und Pflichten, über die Ziele, den Gegenstand und den Adressaten des Verwaltungshandelns, insbesondere aber die Vorschriften darüber, ob die Verwaltung zu einem bestimmten Verhalten berechtigt oder verpflichtet ist, stellen das materielle Verwaltungsrecht dar. Auch das Bundesverwaltungsgericht[3] hatte keine Bedenken, die für eine

1) So eine Formulierung von Köttgen, DÖV 52, 423.
2) Held, AöR Bd. 80, 50 (S. 74).
3) BVerwG, NJW 61, 1131.

solche Bestimmung nötigen, im Zivilrecht gewonnenen Kriterien auch im Verwaltungsrecht anzuwenden.

IV) Das Verwaltungsverfahren

Als Verwaltungsverfahren war oben das Verfahren der Verwaltungsbehörden bezeichnet worden, wobei hinzugefügt werden muss: Bei Erledigung der Verwaltungsaufgaben. Dieser Ansatz bedarf der näheren Bestimmung nicht nur deshalb, "weil die Verwaltungsrechtswissenschaft von jeher um eine Definition ihres Gegenstandes, der Verwaltung, verlegen war"[1], dieser Ansatz also noch äussert vage ist, sondern auch darum, weil das Verwaltungsverfahren zunächst inhaltlich zu bestimmen ist, bevor es im Zusammenhang mit den einzelnen, vielfältigen Verwaltungsaufgaben erörtert werden kann. Die Vielseitigkeit der einzelnen Verwaltungsaufgaben ist so gross, dass geradezu vermutet werden muss, dass nicht alle Verwaltungsaufgaben der gleichen verfahrensrechtlichen Regelung zugänglich sind. (Im einzelnen ist darauf später einzugehen).
Als erste Orientierung sei Bettermanns Beschreibung des Verwaltungsverfahrens[2] herangezogen, in der schon die Probleme einer näheren Definition angedeutet sind. Diese Beschreibung lautet: "Das Verwaltungsverfahrensrecht regelt das Zustandekommen, die Form und Bekanntmachung, den Vollzug, die Anfechtung und Änderung von Entscheidungen der Verwaltungsbehörden sowie deren Kontrolle." Damit glaubt Bettermann zwar nicht alles, aber doch die wesentlichsten Teile des Verwaltungsverfahrensrechts erfasst zu haben.

Auf den Rahmen, in dem diese Beschreibung zu sehen ist, ist sofort einzugehen; die einzelnen Merkmale der Beschreibung werden daran anschliessend abgehandelt.

1) Der Sinn und das Wesen des Verwaltungsverfahrens. Durchaus zutreffend charakterisierte Bettermann in seinem Referat über das Verwaltungsverfahren[3], sowie Küchenhoff in der anschliessenden Diskussion[4] das Verwaltungsverfahren

1) Forsthoff: Lb., S. 1.
2) VVDStRL 17, S. 121/22. Von dieser Formulierung ging auch Spanner bei seinem Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag aus (Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentags Bd. 1, 2. Teil, Heft A S. 29).
3) VVDStRL 17, 123.
4) VVDStRL 17, 218.

als die Willensbildung der Verwaltungsbehörden, wobei Küchenhoff erläuternd zwischen Willensbildung und Willenserklärung unterschied. Gerade durch die Vorschriften darüber, wie die Verwaltung ihren Willen zu bilden hat, wird das Verwaltungsverfahren zu einer Einrichtung des Rechtsschutzes für den Bürger. Dies zeigt ein diesbezüglicher Vergleich von Privatrecht und Verwaltungsrecht. Im Privatrecht ist es unbeachtlich und der Willkür des Einzelnen anheim gestellt, aus welchen Gründen er ein Rechtsgeschäft abschliessen will und später auch abgeschlossen hat (von den Aussnahmen wie z.B. arglistiger Täuschung abgesehen), massgeblich ist lediglich der (nach materiellem Recht zu beurteilende) Inhalt des Rechtsgeschäfts. An diesen Inhalt ist der Betreffende gebunden; war er bei der Vorbereitung des Rechtsgeschäfts nicht sorgfältig genug, so ist dies sein eigenes Risiko. Im Verwaltungsrecht hingegen äussert sich staatlich-hoheitliche Macht, wobei der Betroffene vielfach keine Möglichkeit hat, auf die inhaltliche Gestaltung des Verwaltungsrechtsverhältnisses einzuwirken. Das rechtsstaatliche "Misstrauen des Staates gegen sich selbst[1]" gebietet deshalb auch eine Regelung darüber, welche Massnahmen die Verwaltung zu treffen oder zu unterlassen und welche Nachforschungen sie anzustellen hat, bevor sie kraft hoheitlicher Macht dem Bürger als Partner eines Rechtsverhältnisses entgegentreten darf bzw. muss.

Freilich hat die Bestimmung des Verwaltungsverfahrens als Willensbildung der Verwaltung auch Widerspruch gefunden. So meint Merk,[2] das Verwaltungsverfahren sei der "Inbegriff der Verwaltungshandlungen einer Verwaltungsbehörde, welche dem Zwecke dienen, eine Verwaltungsaufgabe in einem bestimmten Einzelfalle durchzuführen und regelmässig den Erlass einer Verwaltungsverfügung oder Entscheidung zum Ziel haben."

1) Vergl. E. Schmidt: "Lehrk. Teil 1", S. 32 Randnr. 18/19.
2) VVDStRL 17, 220.

Von einer Willensbildung könne man da nicht sprechen, fügt Merk noch hinzu. Dabei übersieht Merkl jedoch, weil er vom tatsächlichen Ablauf und nicht vom Sinn des Verwaltungsverfahrens ausgeht, dass die Mehrzahl der Verwaltungshandlungen, die dem Erlass einer Verwaltungsverfügung vorangehen, gerade den Sinn haben, die Entscheidung auf eine möglichst sichere Basis zu stellen, denn die Willensbildung erfolgt auf Grund genauer Sachverhaltsermittlungen und die entsprechende Willenserklärung ergeht als VA durch förmlichen schriftlichen Bescheid (so der Regelfall). Die auf den tatsächlichen Ablauf des Verwaltungsverfahrens abstellende Ansicht Merks widerspricht deshalb nicht der Feststellung, dass die Regeln des Verwaltungsverfahrens im wesentlichen den Sinn haben, die Verwaltung vor Erlass ihrer Entscheidung zu verwaltungsmässiger Bearbeitung des betreffenden Falles zu zwingen. Das Verwaltungsverfahren bezeichnet so die Stationen, den Weg[1] und die Formen, welche die Verwaltungsbehörden vor und bei Erlass einer Entscheidung einzuhalten haben. Unter anderem fallen in diesen Sachbereich folgende Problemkreise: Antragsbedingtes oder amtswegiges Verfahren, Verfahrensbeteiligte, "Rechte und Pflichten" im Verfahren[2], Ermittlung des Sachverhalts[3], Gewährung des rechtlichen Gehörs und der sog. Begründungszwang. Ferner gehören dazu - so die Ausführungen Bettermanns[4] - die Fragen nach Unmittelbarkeit oder Mittelbarkeit, Mündlichkeit oder Schriftlichkeit, Öffentlichkeit oder Geheimhaltung des Verfahrens.

2) Das Verhältnis Behörde-Bürger als der Regelungsbereich des Verwaltungsverfahrens.

Das Ziel des Verwaltungshandelns wird regelmässig durch das materielle Verwaltungsrecht bestimmt. Das materielle Recht bezweckt Gestaltung im Bereich der "sozialen Lebensinteressen", also Gestaltung im Raum ausserhalb des Behördenzuges. Da das Verwaltungsverfahren aber der Formung und Verlautbarung des materiellen Verwaltungsrechts dient, ergibt

1) Merkl: "Allgem. VR", S. 213.
2) Vergl. dazu oben S. 38/39.
3) Dieses Moment hebt Spanner in seinem Gutachten besonders hervor: "Gutachten", S. 42 und 45 ff.
4) VVDStRL 17, S. 123.

sich schon aus dieser Zielsetzung, dass als Verwaltungsverfahren nur solche Handlungen anzusehen sind, deren Endziel auf rechtliche Aussenwirkung abgestellt ist. "Die Erledigung reiner Verwaltungs-Interna durch die Behörden ist in den Begriff Verwaltungsverfahren nicht einzubeziehen. Vielmehr bildet unverzichtbares Wesensmerkmal des Verwaltungsverfahrens die Tendenz zur rechtlichen Aussenwirkung des Verwaltungshandelns, also die externe Zielrichtung des behördlichen Tuns, und zwar nicht nur im tatsächlichen, sondern auch im rechtlichen Sinne. Nur das Verwaltungshandeln, das rechtliche Wirkungen ausserhalb des Behördenorganismus selbst hervorrufen soll, kommt als Gegenstand des Verwaltungsverfahrens in Betracht."[1] Davon geht im Prinzip auch Köttgen aus, wenn er meint[2], dass die Regelung des Verwaltungsverfahrens das Verhältnis von Publikum und Verwaltung betreffe. Streitig ist hingegen, ob dieses "externe"[3] Verwaltungsverfahren nur das förmliche oder auch das formlose Verwaltungsverfahren umfasse. Köttgen vertritt die erstere Ansicht[4], ebenso Kratzer und Hamann[5]. Die Vertreter dieser Ansicht gehen davon aus, dass das Verwaltungsverfahren entsprechend dem Prozessrecht (Prozessrecht im allgem. Sinn) auszugestalten sei, denn auch im Raume der Verwaltung gebe es dem Prozess in ihrer Geschlossenheit vergleichbare Rechtsbeziehungen, die freilich nicht alle Vollzugsregelungen umfassten, aber doch das in Art. 84 Abs. 1 GG geregelte Verwaltungsverfahren darstellen würden (so insbesondere Köttgen[4]). Dieses "förmliche" Verwaltungsverfahren liesse sich dann nach Ansicht Köttgens[4] sowohl gegenüber dem materiellen Verwaltungsrecht wie auch

1) Reuss: "Das Verwaltungsverfahren-psychologisch betrachtet", DÖV 58, S. 656 (657).
2) Köttgen: "Das Verwaltungsverfahren als Gegenstand des Bundesgesetzgebung", DÖV 52, 422 (424).
3) Bettermann unterscheidet zwischen internem und externen Verwaltungsverfahren (VVDStRL 17, S. 134) und erfasst unter dem externen Verwaltungsverfahren die Tätigkeit der Verwaltung gegenüber dem Bürger. Das interne Verwaltungsverfahren rechnet Bettermann als behördeninternen Vorgang zum Organisationsrecht. Darauf ist noch im Folgenden einzugehen.
4) Köttgen, DÖV 52, 424.
5) Kratzer: "Über die Zuständigkeit zum Erlass allgem. Verwaltungsvorschriften des Bundes", DÖV 52, 231 (233); Hamann: "Das Grundgesetz", Kom. zu Art. 84 unter 4.

gegenüber all jenen Verfahrensnormen abgrenzen, "die zwar den Verwaltungsablauf steuern, nicht aber das individuelle Verhältnis der Behörde zum Bürger normativ verdichten wollen."[1] In der Tat würde sich das förmliche Verwaltungsverfahren vom materiellen Verwaltungsrecht wie auch vom formlosen Verwaltungsverfahren "deutlich abheben"[1], und neben einer hinreichenden Scheidung der "Gemengelage" von materiellem Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht hätte Köttgen damit auch die von ihm offensichtlich gewünschte Erweiterung zustimmungsfreier Bundesgesetzgebung erreicht.

Dem gegenüber weist Held[2] darauf hin, dass diese eigenwillige Auslegung Köttgens "sowohl die einer Auslegung des Grundgesetzes gesetzten Schranken überschreitet, wie sie auch die Sache, um die es dem Grundgesetzgeber ging, verfehlt." Der Wortlaut des Art. 84 Abs. 1 GG legt keine Auslegung i.S. Köttgens nahe[3], desgleichen ist nicht ersichtlich, weshalb das Verwaltungsverfahren am Prozessrecht ausgerichtet werden soll (so aber der Ausgangspunkt Köttgens). Im Gegenteil: Das Verwaltungsverfahren darf gerade nicht am Prozessrecht ausgerichtet werden, denn Gerichtsverfahren und Verwaltungsverfahren unterscheiden sich grundsätzlich in ihrer Zielsetzung und in ihrem Wesen[4]. Im Prozess treten sich 2 Parteien gegenüber und begehren von einem unparteiischen Dritten, dem Richter, eine Entscheidung. Dem Verwaltungsverfahren hingegen fehlt die zentrale Figur des Richters als unparteiischem Dritten[5], denn bei ihrer Tätigkeit nehmen die Verwaltungsbehörden eigene Rechte wahr oder befolgen eigene Pflichten, entscheiden also in eigener Sache[6].

1) Köttgen, DÖV 52, S. 424.
2) Held, AöR Bd. 80, 50 (77); ihm folgend: D. Haas: "Bundesgesetze über Organisation und Verfahren der Landesbehörden, AöR Bd. 80, 81 (83); Bettermann, VVDStRL 17, S. 136/137; desgleichen Reuss, DÖV 58, 657.
3) So insbesondere Held, AöR Bd. 80, S. 77.
4) Vergl. dazu Bettermann: "Verwaltungsakt und Richterspruch", in Gedächtnisschrift für W. Jellinek 1955, S. 361 ff.
5) Bettermann, VVDStRL 17, 136.
6) O. Mayer: "Verwaltungsrecht", Bd. 1, S. 101: "In der Verwaltung erscheint der handelnde Staat, der für seine Angelegenheiten tätig ist"; anschliessend daran Bettermann, wie Anm. 4 oben, S. 374.

Dass gewisse Förmlichkeiten dann gleichermassen beim Verwaltungsverfahren wie beim Gerichtsverfahren auftreten, ändert an der grundsätzlichen Verschiedenheit der beiden Rechtsgebiete nichts.

Aber auch soweit Köttgen bei seiner Argumentation dem Bund einen möglichst grossen Bereich zustimmungsfreier Gesetzgebung sichern will, kann ihm nicht gefolgt werden. Es mag dahingestellt bleiben, ob dieses rechtspolitische Anliegen Köttgens in der Sache selbst Unterstützung verdient hätte - es stehen sich hier letztlich das Interesse des Bundes an Rechtseinheit und das Recht der Länder auf eigene Zuständigkeit bei der Verwaltung gegenüber - bei einer Auslegung des Grundgesetzes ist jedenfalls zunächst der gesamten Konzeption des Grundgesetzes Rechnung zu tragen. Darauf weist zwar auch Köttgen hin, jedoch ergibt sich daraus dann das Gegenteil seiner vorherigen Argumentation. Aus den Artikeln 30, 70, 83 ff GG ergibt sich nämlich eine grundsätzliche Vermutung für die Zuständigkeit der Länder auf dem Gebiet der Verwaltung. Dass aber das auf diese Weise geschützte Interesse der Länder an eigener Verwaltung in Art. 84 Abs. 1 GG nur das förmliche Verwaltungsverfahren umfasst, kann nicht gut behauptet werden, hingegen ist gerade festzuhalten, dass auch diejenigen Normen dazu zählen, die den Verwaltungsablauf steuern, selbst wenn sie nicht das individuelle Verhältnis der Behörde zum Bürger regeln oder wie Köttgen sagt, normativ verdichten. Das ergibt sich aus dem förderalistischen Aufbau der Bundesrepublik, dem nur eine weite Auslegung der Länderbefugnisse entspricht (soweit keine Ausnahme vorliegt . Dies ist bei Art. 84 Abs. 1 GG nicht der Fall.)

Diese Ansicht vertritt auch Held, wenn er erläuternd ausführt[1]: "Das Verwaltungsdetail, das sich gerade auch in den Verfahrensvorschriften im weiteren Sinne niederschlägt, bestimmt nicht weniger als die Verwaltungsvorschriften im engeren Sinne (d.h. die Vorschriften über das förmliche Verfahren) und das materielle Recht die Stimmung

1) AöR Bd. 80, S. 77/78.

im Staat Preussen hat, wie kürzlich auf einer Historikertagung in Münster ausgeführt wurde, seine westlichen Provinzen nie ganz für sich gewinnen können, weil der kühle, "zuweilen arrogante" Ton seiner Verwaltung dort nicht gebilligt wurde. Dieser Ton fängt bei den Verfahrensvorschriften im weiteren Sinne an und wird sich dann bis zum Polizisten hinunter durchsetzen. Darum hat die Gesamtheit der Länder ein Interesse daran, über den Ton und Geist aller von den Ländern anzuwendenden Verfahrensvorschriften mitzubestimmen."

Sonach ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut direkt, jedoch aus dem Zusammenhang des Art. 84 Abs. 1 GG mit den Artikeln 30, 70, 83 ff GG, dass zum Verwaltungsverfahren nicht nur das förmliche, sondern auch das formlose Verwaltungsverfahren gerechnet werden muss.[1]

Auch die Gesetzgebungs- bzw. Verwaltungspraxis geht davon aus, dass zum Verwaltungsverfahren sowohl das formlose wie auch das förmliche Verfahren gehöre. In diesem Sinne enthält das "Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung" vom 2.10. 58 (GVBl Berlin 1958, S. 951) allgemeine Verfahrensgrundsätze mit dem Prinzip der Formfreiheit (§ 6), ebenso wie Vorschriften über das förmliche Verfahren (§ 20 ff).

Zum Verwaltungsverfahren zählt insbesondere auch das sog. Vorverfahren. Held[2] bezeichnet es geradezu als den Schulfall eines förmlichen Verwaltungsverfahrens. Diese Förmlichkeit des Vorverfahrens darf aber nicht dazu führen, es schon zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu rechnen, denn im Verwaltungsverfahren entscheiden Verwaltungsbehörden, keine Gerichte. Die Zugehörigkeit zum Verwaltungsverfahren ergibt sich auch daraus, dass der VA erst durch den Widerspruchsbescheid endgültig ausgestaltet ist, ist doch Gegenstand der Anfechtungsklage "der ursprüngliche VA in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat" (§ 79 Abs. 1 Ziff 1 VwGO). Darauf hatte Bachof[3] schon vor Erlass der Verwaltungsgerichtsordnung in seiner Kritik zu

1) Vergl. Reuss, DÖV 58, S. 657.
2) So Held, AöR Bd. 80, S. 72; vergl. auch Bettermann, VVDStRL 17, S. 119, 154/155; sowie Reuss, DÖV 58, S. 657.
3) JZ 57, S. 431/432.

er Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 6.4. 55[1]
ingewiesen, in der das Bundesverwaltungsgericht Bedenken
gegen die verbreitete Zusammenziehung von VA'n und Rechts-
ittelbescheid" geäussert hatte. Reuss[2] führt die Argumen-
tion Bachofs weiter aus, wenn er schreibt: "Das Ver-
altungsverfahren ist ein Form- oder Gestaltgebungsverfahren,
s erst mit der auf einen etwaigen Vorschaltrechtsbehelf
rgehenden Entscheidung abgeschlossen wird." Es mag deshalb
nter dem Gesichtspunkt einer Kompetenzüberschreitung be-
enklich sein, dass der Bund auch die Regeln über das Wider-
pruchsverfahren in die (bundesgesetzliche) Verwaltungsge-
ichtsordnung aufgenommen hat. Auf diese Bedenken ist später
inzugehen. An der hier getroffenen Feststellung, dass das
orverfahren zum Verwaltungsverfahren gehöre, ändern diese
edenken jedoch nichts.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Das Verwaltungs-
erfahren i.S. von Art. 84 Abs. 1 GG betrifft das auf
ussenwirkung (Verhältnis: Verwaltung-Publikum) abzielende
erhalten der Verwaltungsbehörden. Dazu gehören sowohl die
egeln über das förmliche Verfahren, wie auch diejenigen
ber das formlose Verfahren.

) Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsorganisations-
recht.

ie oben aus dem Zweck des Verwaltungsverfahrens hergeleitete
nterscheidung zwischen externem und internem Verwaltungs-
erfahren erscheint auch wieder bei der Unterscheidung von
erwaltungsverfahren und Verwaltungsorganisation und findet
n dieser Unterscheidung eine erneute Bestätigung.

Art. 84 Abs. 1 GG unterscheidet Verwaltungsverfahren
nd Verwaltungsorganisation (Einrichtung der Behörden).
s nun aus Art. 84 Abs. 1 GG hervorgeht, dass Verwaltungsver-
ahren und Verwaltungsorganisation zu unterscheiden sind,

BVerwGE 2, 55 (64): "Gegen die verbreitete Zusammenziehung von VA und Rechtsmittelbescheid sind Bedenken zu erheben." DÖV 58, 657.

so ist zu untersuchen, was das Grundgesetz unter "Einrichtung der Behörden" versteht, denn dieser Teil der Ausführung der Bundesgesetze gehört dann sicher nicht zum Verwaltungsverfahren i.S. von Art. 84 Abs. 1 GG.

Deutlich ergibt sich aus der Gegenüberstellung von Verwaltungsverfahren und "Einrichtung der Behörden" in Art. 84 Abs. 1 GG, dass mit den Worten "Einrichtung der Behörden" die Verwaltungsorganisation erfasst werden sollte.[1]

Verwaltungsverfahren und Verwaltungsorganisation verhalten sich etwa so zueinander wie Prozessrecht und Gerichtsverfassungsrecht.[1] Schon daraus ist zu erkennen, dass auch hier Abgrenzungsschwierigkeiten auftreten. So spricht Köttgen[2] vom Organisationsrecht, dem das Verwaltungsverfahren "mehr oder minder deutlich eingebettet sei". Der Begriff der "Einrichtung der Behörden" i.S. von Art. 84 Abs. 1 GG bedarf deshalb näherer Bestimmung.

Unstreitig ist dabei wohl, dass unter "Einrichtung der Behörden" die innere Gestaltung schon bestehender Behörden zu verstehen ist.[3] Das geht schon aus dem Wortlaut hervor. Fraglich ist hingegen, ob dieser Begriff auch die Einrichtung neuer Behörden umfasst. Kratzer[4] und Pathe[5] verweisen nun darauf, dass das Grundgesetz sehrwohl zwischen der Einrichtung und der Errichtung einer Behörde unterscheidet, denn wenn in Art. 84 Abs. 1 GG, 85 Abs. 1 GG von "Einrichtung" die Rede ist, so enthält Art. 87 Abs. 3 GG im Gegensatz dazu den Begriff "Errichten". Nun bedeuten "verschiedene Begriffe in einer Verfassung doch auch Verschiedenes". Sonach wäre es geboten, zwischen Behördeneinrichtung und Behördenerrichtung zu unterscheiden.[6]

---

1) Köttgen DÖV 52, 423: "Die Parallelität zwischen Gerichtsverfassung und Einrichtung der Behörden ist unverkennbar."
2) Köttgen, DÖV 52, 425.
3) Vergl. Kratzer, AöR Bd. 77, S. 266, 268; Haas, AöR 80, 81 (92); zum gesamten Problem: H. Schneider: "Körperschaftliche Verbundverwaltung", AöR Bd. 83, 1 (S. 16 - 21).
4) Kratzer, AöR Bd. 77, 266 - 268.
5) Pathe: "Die Ausführung der Bundesgesetze", DVBl 51, 681 (684).
6) Zwischen "errichten" und "einrichten" unterscheiden - mit z. Teil noch weitgehenderer Differenzierung - E. Huber "Wirtschaftsverwaltungsrecht", Bd. 1 S. 62 ff und Haas, AöR 80, S. 92 ff; ausführlich dazu H. Schneider, AöR 83, S. 77.

Demgegenüber führt Köttgen aus[1]: "Allerdings besitzt auch der einfache Bundesgesetzgeber auf Grund von Art. 84 Abs. 1 GG die Befugnis, unter dem Stichwort "Einrichtung der Behörden" die Errichtung und innere Organisation einer dezentralisierten Landesverwaltung von sich aus zu regeln ..." Nach Köttgen ist also: Einrichtung der Oberbegriff von Errichtung und innerer Organisation der Behörden.

Zu Recht bezeichnet aber von Mangoldt[2] die Unterscheidung von Einrichtung und Errichtung bei der Auslegung des Art. 84 Abs. 1 GG als gekünstelt, denn es werden im GG zwar (in den Art. 84 ff GG) die Begriffe "errichten" und "einrichten" gebraucht, doch zeigt sich, "dass damit durchaus das Gleiche gemeint war".[3] So heisst es z.B. in Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG: "Durch Bundesgesetz können Bundesgrenzschutzbehörden ... eingerichtet werden." Dass damit auch das "Errichten" der Bundesgrenzschutzbehörden gemeint war, ist klar: Vorher gab es noch keinen Bundesgrenzschutz.

Gleiches gilt aber auch für den Begriff der Einrichtung in Art. 86 GG.

> "Im Bereich der bundeseigenen Verwaltung ist der Bundesregierung durch Art. 86 Satz 2 GG die volle Organisationshoheit verliehen, auch die Befugnis der erstmaligen Errichtung von Behörden, soweit nicht Bundesgesetze etwas anderes bestimmen oder das Grundgesetz selbst die Organisationsgewalt dem Bundesgesetzgeber vorbehalten hat, wie in Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG geschehen und für selbstständige Bundesbehörden, bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten und bundeseigene Mittel- und Unterbehörden durch Art. 87 Abs. 3 GG vorgesehen."[3]

Entsprechend wurde bisher auch in der Staatspraxis verfahren. So wurde das Bundesoberseeamt durch Verwaltungsanordnung der Bundesregierung vom 28.11. 50 (BGBl S. 768), die Bundeszentrale für Heimatdienst und die Bundesanstalt für zivilen Luftschutz durch Erlass des Bundesministers des Inneren

---

1) Köttgen: "Förderalismus und Dezentralisation in der Bundesrepublik Deutschland", in: "Deutsche Landesreferate" zum 4. intern. Kongress für Rechtsvergleichung in Paris, 1954, S. 281 (298).
2) Mangoldt: "Kom. zum GG", Art. 84 Anm. 2.
3) Schneider, AöR 83, S. 1 (18); ebenda S. 19 Hinweise auf die Entstehungsgeschichte des Art. 86 GG, die ebenfalls die wiedergegebene Argumentation stützen.

errichtet (GMBl 52, 318 bzw. 53, 577).

Auch die Entstehungsgeschichte des Art. 86 Satz 2 GG lässt darauf schliessen, dass der Bundesregierung mit der Einrichtung der Behörden die volle Organisationsgewalt übertragen werden sollte. Dies geht daraus hervor, dass bei den Beratungen zu Art. 86 GG die "Einrichtung der Behörden durch die Bundesregierung" von der Zustimmung der Bundesregierung abhängig sein sollte[1], was sicher nicht vorgesehen worden wäre, wenn es sich dabei nur um die innere Ausgestaltung schon bestehender Behörden gehandelt hätte. Mit dieser Bestimmung über die Organisationsgewalt sollte die insoweit bestehende Lücke des CHE geschlossen werden, woraus sich ergibt, dass die volle Organisationsgewalt erfasst werden sollte. Dass später doch in Art. 86 GG auf die Zustimmung des Bundesrates verzichtet wurde, beruhte nicht auf einer Änderung dieser Auffassung.

Was aber für Art. 86 und 87 GG gilt, gilt auch für Art. 84 und 85 GG, sodass in Übereinstimmung mit der Praxis von Bundestag und Bundesrat der Begriff der "Einrichtung" der Behörden in Art. 84 Abs. 1 GG auch die Neuerrichtung von Behörden umfasst.[2] Davon ist auch bei einer Abgrenzung von Behördeneinrichtung und Verwaltungsverfahren nach Art. 84 Abs.1 GG auszugehen.

Das Recht, die Behördeneinrichtung zu regeln, wurde als Organisationsrecht der Verwaltung bezeichnet. Die Frage nach der Unterscheidung von Organisationsrecht und Verfahrensrecht wird gewöhnlich so entschieden, dass die Regeln darüber, wer tätig werden dürfe, zum Organisationsrecht gehören, die Regeln darüber, wie verfahren wird, aber zum Verfahrensrecht zählen. Dabei bestehen natürlich enge Zusammenhänge zwischen Organisation und Verfahren.[3] Kern[4] bezeichnet z.B. das Ge-

1) So der Antrag des Abg. Laforet in der 20. Sitzung des Zuständigkeitsausschusses (2.12. 48); vergl. dazu den Entstehungsbericht des Art. 86 in Jahrb. d.öff. Rechts Bd. 1, S. 641 (643/644).
2) Vergl. Schneider, AöR 83, 1 (21); ebenda S. 20 wird nachgewiesen, dass diese Auslegung des Art. 84 GG auch bundesstaatlicher Verfassungstradition entspricht.
3) Dies ist allgem. anerkannt; vergl. für das öff. Recht etwa: Bachof, VVDStRL 16, 264; Bettermann, VVDStRL 17, 132.
4) "Gerichtsverfassungsrecht" S. 2.

ichtsverfassungsrecht als die Grundlage des Verfahrensrechts, nd unterscheidet dann Organisations- und Verfahrensfragen ach der Regel des "wer" und "wie". Auch die Zuständigkeits- ormen gehören zum Organisationsrecht. Zutreffend weist ettermann[1] darauf hin, dass auf Grund der Organisationsge- alt nicht nur Organe geschaffen werden können, sondern dass raus auch die Befugnis erwächst, den geschaffenen Organen unktionen zuzuteilen, d.h. Zuständigkeiten zu verleihen. iner Aufzählung von Gesetzen, die entsprechend dem Vorge- ragenen die Zuständigkeitsregeln nicht zum Verfahren, son- ern zum Organisationsrecht zählen, bedarf es zu dieser Ar- umentation nicht, ist es doch nicht möglich - worauf chon mehrfach hingewiesen wurde - aus dem Standort einer orm in einem bestimmten Gesetz auf den Charakter dieser orm Schlüsse zu ziehen.[2]

Aus diesem engen Zusammenhang von Organisation und erfahren - Bachof[3]: "Wenn man ein Rechtsschutzverfahren gesetzlich) regelt, so bleibt gar nichts anderes übrig, als uch den Apparat, der die Rechtsschutzfunktion gewährt, ge- etzlich zu regeln"- ergeben sich vom Organisationsrecht her esehen, weitere Folgerungen für das Recht der Verfahrensge- taltung, denn bestimmte Organisationsformen bedingen ein be- timmtes Verfahren. So schreibt Bettermann[4]: "Es bestehen ielfache und enge Wechselbeziehungen zwischen der Organi- ationsform und der Verfahrensgestaltung. Das Verfahren einer ürokratisch oder monokratisch organisierten Behörde sieht nders aus, als bei einer Kollegialbehörde ... Sobald man Be- chlusskörper schafft, also Kollegialbehörden verwalten lässt, uss man die Bildung des körperschaftlichen Willens regeln, lso Verfahrensnormen setzen: Über Zusammentritt, Unter- ichtung, Beratung, Abstimmung, Bekanntmachung und Vollzug, ber auch jede monokratisch organisierte Behörde braucht, wenn e aus mehr als einem Amtsträger besteht, eine Geschäfts-

VVDStRL 17, 131.
So aber Bettermann, VVDStRL 17, 131; anders Bachof, VVDStRL 17, 216, der darauf hinweist, dass solche Zuordnungen einigermassen willkürlich sein können.
VVDStRL 16, 264.
VVDStRL 17, 132.

ordnung, die das Zusammenwirken der mehreren Amtsträger regelt und eine Dienstordnung, die die Dienstpflichten jedes Amtsträgers im Getriebe und Betriebe des Behördenorganismus, dem er angehört, regelt." Auch hier liegen also dem Wesen nach Verwaltungsverfahrensregeln vor, man bedenke nur das Stichwort vom Verwaltungsverfahren als einem Willensbildungsverfahren. Jedoch sind diese Regeln über das Verfahren innerhalb der Behörden bei einer erforderlichen, (nach Art. 84 Abs. 1 GG ist sie erforderlich) Unterscheidung zwischen Verwaltungsverfahren und Verwaltungsorganisation zum Organisationsrecht zu rechnen. Hierin ist Bettermann zu folgen, wenn er schreibt[1]: "So wie die Organisationsgewalt ausser der Macht zur Schaffung, Besetzung und Auflösung von Behörden auch die Zuständigkeit zur Kompetenzverteilung enthält, so schliesst sie auch die Befugnis zur Ordnung des behördeninternen Verfahrens ein, insbesondere über das Zusammenwirken mehrerer Behörden, Amtsträger oder Organe."

Diese so getroffene Unterscheidung von Verwaltungsorganisation (mit weiter Interpretation des Organisationsrechts) und Verwaltungsverfahren erweist sich auch bei Betrachtung der Art. 83 ff GG als durchaus sinnvoll.

Auszugehen ist dabei von der markant förderalistischen Norm des Art. 83 GG, die den Grundsatz enthält, dass die Länder die Bundesgesetze als eigene Angelegenheit ausführen. Daraus ergibt sich für die Länder bei Ausführung der Bundesgesetze als eigene Angelegenheit nach Art. 84 Abs. 1 GG die Befugnis, die Einrichtung der Behörden und das Verwaltungsverfahren zu regeln (Ausnahme: Soweit nicht Bundesgesetze mit Zustimmung des Bundesrats etwas anderes bestimmen). Führen dagegen die Länder die Bundesgesetze nur im Auftrag des Bundes aus (Art. 85 GG), so sind auch die Befugnisse der Länder beschränkter als in Art. 84 Abs. 1 GG: In Art. 85 Abs. 1 GG ist den Ländern nur noch die Einrichtung der Behörden überlassen. Auch dies ist nur noch ein Zugeständnis an die Länder und erklärt sich daraus, dass bei der Ausführung der Bundesgesetze im Auftrag des Bundes nicht auf den gemeinhin gut organisierten und in sich eingespielten

1) Bettermann, VVDStRL 17, S. 133.

(internes Verfahren, dass zur Organisation zählt) Verwaltungsapparat der Länder verzichtet werden kann. Gleichzeitig wird aber auch erreicht, dass die entsprechend dem förderalistischen Aufbau der Bundesrepublik zu wahrende Landeshoheit soweit als möglich unangetastet bleibt. Dies alles spricht für eine weite Interpretation des Organisationsrechts.

Die Artikel 84 ff GG fordern eine genaue Unterscheidung von Verwaltungsorganisationsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, selbst wenn beide in noch so nahem Zusammenhang stehen oder, wie Köttgen[1] schreibt, "das Verwaltungsverfahrensrecht mehr oder minder deutlich in das Organisationsrecht eingebettet ist."

Nochmals ist hervorzuheben: Auch das behördeninterne Verfahren ist seinem Sinn und seinem Wesen nach Verwaltungsverfahren. Muss aber zwischen Verwaltungsorganisationsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht unterschieden werden, und Art. 84 Abs. 1 GG macht dies erforderlich, so ist, entsprechend dem Sinn des Organisationsrechts und dem Zusammenhang des Art. 84 Abs. 1 GG mit den Art. 30, 70, 83 ff GG das behördeninterne Verfahren zum Organisationsrecht und nicht zum Verwaltungsverfahrensrecht zu zählen. Nur das externe Verwaltungsverfahren ist das Verwaltungsverfahren i.S. von Art. 84 Abs. 1 GG.[2]

Zusammenfassung: Das Recht, die Einrichtung der Behörden zu regeln (Art. 84 Abs. 1 GG) stellt das Organisationsrecht der Verwaltung dar. Darunter fällt die Ausstattung schon bestehender Behörden, wie auch die Neuerrichtung von Behörden. Das Organisationsrecht umfasst das Recht zur Regelung der Zuständigkeiten und deshalb auch das Recht zur Regelung des Verfahrens innerhalb der Behörden, Das behördeninterne Verfahren gehört deshalb nicht zum Verwaltungsverfahren i.S. von Art. 84 Abs. 1 GG.

1) Köttgen, DÖV 52, 425.
2) Bettermann, VVDStRL 17, 177, Leitsatz 13.

4) Das Verwaltungsverfahren als das Verfahren der hoheitlichen Verwaltung.

Bei Behandlung der Frage, für welche Aufgaben einer Behörde eine Verwaltungsverfahrensordnung zu gelten habe, bemerkt Fellner[5] kurz: "Es versteht sich von selbst, dass nur die hoheitlichen Aufgaben anzusprechen sind." Dies ist insofern selbstverständlich, als bisher in allen Verwaltungsverfahrensgesetzen nur auf die hoheitliche Verwaltung abgestellt wurde, so z.B. im österreichischen allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, in der thüringischen Landesverwaltungsordnung, im württembergischen Entwurf eines Verhandlungsverfahrensgesetzes (1931) und neuerdings auch im Berliner Verwaltungsverfahrensgesetz vom 2.10. 58. Die Begründung dafür sei jedoch kurz angeführt.

Das Verwaltungsverfahren ist eine Rechtsschutzeinrichtung, die spezifisch auf hoheitliche Betätigung des Staates zugeschnitten ist und nur dort sinnvoll sein kann. Bei privatrechtlicher Betätigung stehen sich Gleichgeordnete gegenüber, in deren freiem Belieben es liegt, ob sie zueinander in Rechtsbeziehungen treten wollen und wie diese Beziehungen inhaltlich gestaltet sein sollen. Bei hoheitlicher Betätigung des Staates hingegen ist der Staat "Übergeordneter", der kraft hoheitlicher Macht über öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten bestimmt. Das Gefühl der Unsicherheit des Einzelnen gegenüber der Staatsgewalt ist alt und findet in den Bezeichnungen des Staates als "Leviathan"[1] oder auch "Hydra, unerlegter Drache"[2], "Polyp und Untier"[3] nur zu deutlichen Ausdruck[4]. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts und gerade bei der hoheitlichen Verwaltung ist es deshalb nötig, die staatliche Macht zu kontrollieren und zu beschränken; eines der Mittel dazu/ist eine Regelung des Ver-

1) So Th. Hobbes.
2) Vergl. die Beiträge (ohne Verfasserangabe) in "Deutsche Zeitung und Wirtschaftszeitung" vom 12.11. 55 bzw. 5. bzw. 15.9. 56, S. 2.
3) Streithaupt: "Untier-Staat" in Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 13.8. 55, Beilage "Bilder und Zeiten".
4) Vergl. im Ganzen H.Reuss: "Zur Diskussion um die Rechts- und Verwaltungsreform", in VerwArch. 48, (61).
5) VerwArch.1957 Bd. 48, S. 101

waltungsverfahren.

Daraus ergibt sich, dass das Verwaltungsverfahren sich seinem Sinne nach nur auf die hoheitliche Tätigkeit der Verwaltungsbehörden bezieht; bei fiskalischer Tätigkeit erübrigt sich ein Verwaltungsverfahren als Rechtsschutzinstitut, denn hier stehen sich ja Gleichgeordnete mit gleicher Möglichkeit zur Wahrung und Durchsetzung ihrer Interessen gegenüber.

Zum gleichen Ergebnis führen auch die Überlegungen Bettermanns[1], der davon ausgeht, dass "zum Verwaltungsverfahren im engeren, eigentlichen und technischen Sinne nur diejenigen Verfahren gehören, die nach dem positiven Recht der doppelten Generalklausel (1. Alle VA'e sind verwaltungsgerichtlich anfechtbar; 2. Alle Streitigkeiten des öffentl. Rechts ... können vor das Verwaltungsgericht gebracht werden, soweit keine andere gerichtliche Zuständigkeit besteht) in ein verwaltungsgerichtliches Verfahren, in ein Verwaltungsstreitverfahren, übergehen können." Zu beachten ist dabei noch Bettermanns Hinweis, dass " für das Verfahren im Inneren der Behördenorganisation die Unterscheidung von hoheitlicher und fiskalischer Verwaltung ohne grundsätzliche Bedeutung ist, denn für beide Bereiche sind die Regeln über Willensbildung, Amtshilfe, Aufsicht usw. gleichermassen anwendbar." Der Unterschied von privatem und öffentlichem Recht wird fundamental erst, wenn die Verwaltung nach aussen tätig wird; wenn sie den Rechtskreis eines Dritten berührt. Dann ist es entscheidend, ob sie dies durch VA oder Amtshandlung oder durch privatrechtliche Willenserklärung, Rechtsgeschäft oder Realakt tut."

Zusammenfassend ergibt sich damit, dass unter Verwaltungsverfahren i.S. von Art. 84 Abs. 1 GG das gesamte (förmliche und formlose) hoheitliche, auf Aussenwirkung abgestellte Verfahren der Verwaltungsbehörden bis zum Übergang in das Verwaltungsstreitverfahren zu verstehen ist. Vom Verwaltungsorganisationsrecht ist das Verwaltungsverfahrensrecht nach der Faustregel des "wer" (Organisationsrecht) und "wie" (Verfahrensrecht) zu unterscheiden. Das Verfahren innerhalb der Behörden gehört zum Organisationsrecht. Letzteres ergibt sich

1) VVDStRL 17, 135.

aus der sinngemäss gebotenen weiten Auslegung dieses Begriffs. Bezüglich des Organisationsrechts braucht nicht mehr zwischen hoheitlicher und fiskalischer Verwaltungstätigkeit unterschieden zu werden.

5) Auf diesem Hintergrund ist nun Bettermanns Beschreibung des Verwaltungsverfahrens zu untersuchen.

Diese Beschreibung lautet: "Das Verwaltungsverfahren regelt das Zustandekommen, die Form und Bekanntmachung, den Vollzug die Anfechtung und Änderung von Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, sowie deren Kontrolle."

a) In erster Linie ist zu bedenken, für welche Behörden ... eine Verwaltungsverfahrensordnung gelten soll."[2] Bettermann äussert sich nicht näher zu dieser Frage, jedoch ergibt sich aus seiner Gesamtauffassung, dass er von einem möglichst umfassenden Begriff der Verwaltungsbehörden ausgeht. Auch Fellner[2] ist wohl dieser Ansicht, wenn er, vorbehaltlich der Ausnahmen, die sich aus speziellen Landesorganisationsformen ergeben können, ausführt: "Überall werden aber einzubeziehen sein, die staatlichen Behörden der allgemeinen inneren Verwaltung und die Gemeinden mit den Gemeindeverbänden, soweit diese Auftragsangelegenheiten, Pflichtaufgaben nach Weisung, Weisungsaufgaben, Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises oder wie sonst das Landesrecht den Bereich bezeichnet, erledigen." Auch § 1 des Gesetzes über das Verfahren der Berliner Verwaltung (2.10. 58) erfasst grundsätzlich die Tätigkeit aller Behörden und nicht rechtsfähigen Anstalten der Hauptverwaltung (dazu § 2 des Gesetzes über die Zuständigkeiten in der allgemeinen Berliner Verwaltung) und der Bezirksverwaltungen einschliesslich der Sonderbehörden, sowie die landesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie öffentlich-rechtlich tätig werden.[4]

1) VVDStRL 17, 121/122.
2) Fellner: "Zur Regelung des Verwaltungsverfahrens in den Ländern", VerwArch. 1957 Bd. 48, S. 95 (100/101).
3) VVDStRL 17, S. 123/124.
4) Vergl. Sendler: "Das Verfahren der Berliner Verwaltung", DÖV 59, S. 439 (441).

) Die Entscheidung der Verwaltungsbehörden.

ier ist besonders an den Erlass eines VA's zu denken. icher ist der VA die typische und auch häufigste Form einer erwaltungsentscheidung. Dennoch geht es nicht an, den VA eshalb als die alleinige Entscheidungsform der Verwaltungs-ehörden, als das alleinmögliche Resultat eines Verwaltungs-erfahrens zu bezeichnen.[1] Richtig ist vielmehr die Fest-tellung Fellners[2]: "Ziel des Verwaltungsverfahrens ist vor-ehmlich die Entscheidung, der Beschluss, die Verfügung oder ie Anordnung, je nach dem Inhalt und dem länderweise ver-chiedenen Sprachgebrauch." Damit hat er angedeutet, was ettermann[3] deutlicher ausführt: "Das Verwaltungsverfahrens-echt regelt nicht nur das Verfahren des Erlasses und Vollzugs, er Kontrolle und Korrektur von VA'n, sondern auch von Verord-ungen und sonstigen Rechtsetzungsakten der Exekutive, ferner ie Willensbildung und den Willensvollzug bei den nicht-rechts-eschäftlichen Amtshandlungen und im schlicht hoheitlichen Be-eich." Soweit Bettermann hier auch die Entscheidungen im iskalischen Bereich der Verwaltung anführt, so liegt zwar, ie oben S. 61 - 63 ausgeführt wurde, auch hier bezüglich er innerbehördlichen Willensbildung Verwaltungsverfahren vor, as aber unter dem Gesichtspunkt des Art. 84 Abs. 1 GG nicht um dort erwähnten Verwaltungsverfahren zählt, vielmehr zum rganisationsrecht gehört.

) Was die übrigen Merkmale der erwähnten Beschreibung des erwaltungsverfahrens betrifft, so sind sie durch die oben etroffenen allgemeinen Feststellungen zum Verwaltungsverfah-en schon erläutert. Allerdings versteht Bettermann unter "An-echtung und Änderung" von Entscheidungen nicht nur die ver-altungsbehördliche Korrektur solcher Entscheidungen im Vor-erfahren, sondern auch den Widerruf von VA'n, den er

) So aber Reuss, DÖV 58, 657, und Spanner, Gutachten, S. 29.
) VerwArch. Bd. 48, 107.
) VVDStRL 17, 122.

also dem Verwaltungsverfahrensrecht zuordnet. Insoweit ist auf Bettermanns Ansicht nochmals bei der "Behandlung des Widerrufs"[2] einzugehen.

d) Zu beachten bleibt, dass gewisse Spezialgebiete der Verwaltung ihrer Natur nach auch ein spezielles Verfahren erfordern. Solche, durch Gesetz festgelegte, spezielle Verfahrensregeln - meist zugleich mit dem materiellen Recht des betreffenden Gesetzes erlassen - gehen dann natürlich den Regelungen einer allgemeinen Verfahrensordnung vor. Dies gilt besonders für den Regelungsbereich der Reichsabgabenordnung und der Reichsversicherungsordnung. Dass hier für besondere Gebiete besondere Verfahrensregeln gelten, ist nicht erstaunlich, sind doch bei der gerichtlichen Klärung von Fällen aus diesen Bereichen sogar verschiedene Gerichtsbarkeiten vorgesehen (Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit).

6) Die Abgrenzung von materiellem Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht.

Nachdem nun beide Normenkomplexe auf ihren Regelungsbereich und ihren Inhalt hin untersucht sind, ist auf die diesbezüglichen Abgrenzungsmerkmale einzugehen.
Besonders Bettermann ist in seinem schon mehrfach zitierten Referat über das Verwaltungsverfahren auf diese Frage eingegangen.[1] Er führt dazu aus: "Materielles VR und Verwaltungsverfahrensrecht lassen sich nicht so abgrenzen wie materielles Recht und Prozessrecht. Die Unterscheidung von materiellem Recht und Prozessrecht beruht auf dem Gegensatz von Verhaltensnorm und Beurteilungsnorm, d.h. auf der Einsicht, dass eine Rechtsnorm für den Rechtsgenossen oder Rechtsunterworfenen eine andere Funktion hat als für den Richter, der dem Rechtsgenossen das Recht spricht. In dieser Sicht ist materielles Recht die Summe der richterlichen Beurteilungsnormen, während das Prozessrecht die Handlungsnorm für den Richter und die Prozessbeteiligten enthält. Diese Unterscheidung von materiellem Recht und Prozessrecht nach Verhaltens- und Beurteilungsnorm ist für die Abgrenzung von materiellem

1) VVDStRL 17, S. 118 (120/121).
2) Unten S. 73 ff.

VR und Verwaltungsverfahrensrecht unbrauchbar. Denn das gesamte Verwaltungsrecht ist Verhaltensrecht; auch die Bestimmungen des sog. materiellen VR's sind Verhaltensnormen - nicht nur für den Bürger, sondern auch für die Verwaltungsbehörde, soweit sie an sie gerichtet sind und ihr Rechte und Pflichten zumessen. Jede Norm des Verwaltungsrechts ist für die Verwaltungsbehörde Verhaltensnorm, nicht Beurteilungsnorm."

An dieser Argumentation ist zunächst zu kritisieren, dass der Gegensatz von Verhaltensnorm und Beurteilungsnorm die einzige Möglichkeit der Abgrenzung vom materiellem Recht und Prozessrecht sein soll. Die Kriterien "Form - Inhalt", sowie "Weg - Ziel" untersucht Bettermann nämlich nur bezüglich der Abgrenzung von materiellem VR und Verwaltungsverfahrensrecht. Die verschiedene Funktion der Normen im Prozess ist jedoch nicht die einzige, sondern eine von mehreren Abgrenzungsmöglichkeiten.

a) Materielles Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht unterscheiden sich generell ihrem Inhalt nach deutlich genug voneinander, wenngleich eine Abgrenzung im Einzelnen schwierig sein kann. So hält z.B. Reuss[1] eine Abgrenzung von Verwaltungsverfahrensrecht und materiellem VR für überhaupt nicht erforderlich. Dies geht jedoch zu weit. Dass aber bei den verschiedenen Zuordnungen Abgrenzungsschwierigkeiten auftreten, ist eine allgemeine Erscheinung, die z.B. auch beim materiellen Strafrecht zu beobachten ist. Es sei hier nur an den Streit um den Charakter der Verjährungsvorschriften erinnert. Insofern ist Bachof[2] zuzustimmen, wenn er eine ganz scharfe rechtsbegriffliche Grenzziehung kaum für möglich hält. Bei der Mehrzahl der verwaltungsrechtlichen Vorschriften ist aber eine sichere Zuordnung zum materiellen oder formellen VR möglich, und zwar auf Grund einer inhaltsbezogenen Betrachtung der betreffenden Norm.

) Materielles Recht und Prozessrecht beziehen sich auf bestimmte Lebensbereiche; materielles Recht bezweckt Ge-

) DÖV 58, 657.
) VVDStRL 17, 260.

staltung im Raum der sozialen Lebensinteressen, prozessuales Recht betrifft das Internum des prozessualen Raumes. Es ist erkennbar, dass auch das Verwaltungsverfahrensrecht einen bestimmten "Raum" anspricht. Dies wird deutlich, wenn etwa Köttgen[1] das Verwaltungsverfahren als die Gestaltung des Verhältnisses von Publikum zur Verwaltung bezeichnet, welches Verhältnis, so ist hinzuzufügen, bis zum Vollzug der durch die Verwaltung getroffenen Entscheidung andauert[2]. Dabei ist natürlich zu beachten, dass es sich beim Verwaltungsverfahren um eine Regelung des Verfahrens bei Ausgestaltung dieses Verhältnisses handelt.

Es muss zugegeben werden, dass der damit umrissene verfahrensrechtlich erhebliche Raum sich nicht so deutlich vom materiellrechtlich geregelten Raum der sozialen Lebensinteressen abhebt, wie der prozessuale Raum. Dies beruht darauf, dass zwischen materiellem VR und Verwaltungsverfahrensrecht gleichsam eine geringere "Distanz" besteht, als zwischen materiellem (Verwaltungs-) Recht und (Verwaltungs-) Prozessrecht; die Koppelung von materiellem Verwaltungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht ist enger, als diejenige von materiellem Recht und Prozessrecht. Nur im Ausnahmefall bedarf das materielle VR der Verwirklichung im Prozess, andererseits ist die Verwaltung bei Ausübung der ihr materiellrechtlich zustehenden Befugnisse stets an verwaltungsverfahrensrechtliche Regeln gebunden. Kurz: Jeder verwaltungsbehördlichen Entscheidung geht ein - wenn auch noch so kurzes und formloses - Verwaltungsverfahren voraus, zumindest die Verkündung der Entscheidung wird der Form nach durch das Verfahrensrecht geregelt, hingegen bedingen nur die wenigsten verwaltungsbehördlichen Entscheidungen auch einen Prozess.

Es ergibt sich also, dass sich materielles VR und Verwaltungsverfahrensrecht nach dem hier besprochenen Merkmal der "Bezogenheit auf einen bestimmten Lebensbereich" nicht unterscheiden lassen, denn das Verhältnis Publikum-Verwaltung wird nicht nur durch das Verwaltungsverfahrensrecht, sondern auch durch das materielle Verwaltungsrecht geregelt.

1) DÖV 52, 424.
2) Vergl. etwa Reuss, DÖV 58, 657.

) Bettermann[1] lehnt die Abgrenzung von materiellem Ver-
altungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht entsprechend
er Unterscheidung von materiellem Recht und Prozessrecht
ach Verhaltens- und Beurteilungsnorm mit der Begründung ab,
ass das gesamte VR, nicht nur das Verwaltungsverfahrensrecht,
ür die Verwaltungsbehörden Verhaltensrecht sei. Diese
eststellung ist zutreffend. Zur Verdeutlichung sei noch auf
olgendes hingewiesen: Die Unterscheidung von materiellem
echt und Prozessrecht nach Verhaltens- und Beurteilungsnorm
eruht auf der Funktion der betreffenden Normen im Prozess,
iese Unterscheidung ist also an die Prozesskonstellation
Richter und Parteien" gebunden. Schon im verwaltungsgericht-
ichen Prozess sind jedoch sowohl die Normen des materiellen
R's, wie auch diejenigen des Verwaltungsverfahrensrechts,
Beurteilungsnorm" für den Richter, denn er "beurteilt"
as Verhalten der Beteiligten im Hinblick auf Einhaltung des
ormellen wie des materiellen VR's. Diese Situation hat
ettermann bei seiner Behauptung, das gesamte Verwaltungsrecht
ei Verhaltensrecht, überhaupt nicht angesprochen. Er hat
ielmehr untersucht, ob sich materielles VR und Verwaltungs-
erfahrensrecht nach ihrer Funktion gegenüber der Verwaltung
bgrenzen lassen. Auch hier ist wieder festzuhalten, dass
eide Normenkomplexe sich der Verwaltung als Verhaltensrecht
arstellen; auch das materielle VR ist insofern Verhaltens-
echt, als es nicht nur dem Bürger, sondern auch den Ver-
altungsbehörden Rechte und Pflichten zuteilt und ihnen so-
it ihr Verhalten vorschreibt.

usammenfassung: Die Bestimmung einer Norm als materielles
erwaltungsrecht oder Verwaltungsverfahrensrecht kann nur
ach einer begrifflichen Definition des materiellen Ver-
altungsrechts und des Verwaltungsverfahrensrechts vorgenom-
en werden. Die Merkmale "Regelungen eines bestimmten Lebens-
ereiches" und "Funktion der Norm im Verfahren" können zur
bgrenzung von materiellem VR und Verwaltungsverfahrensrecht
icht herangezogen werden.

[1] VVDStRL 17, S. 120/121.

Die ermittelten Definitionen lauten:

a) Das materielle VR enthält die Regeln über Existenz und Inhalt der Verwaltungsrechtsverhältnisse, über die Ziele, den Gegenstand und den Adressaten des Verwaltungshandelns, insbesondere die Regeln darüber, ob die Verwaltungsbehörden regelnd eingreifen dürfen (müssen) d.h. ob sie Rechte und Pflichten begründen, aufheben oder abändern dürfen (müssen).

b) Das Verwaltungsverfahrensrecht i.S. des Art. 84 Abs. 1 GG enthält demgegenüber die Vorschriften über das gesamte (förmliche oder formlose), hoheitliche, auf Aussenwirkung abgestellte Verfahren der Verwaltungsbehörden bis zur Verwaltungsvollstreckung oder zum Übergang in das Verwaltungsstreitverfahren. Es regelt die "Willensbildung und Willensäusserung" der Verwaltung. Stichwort: Das Verwaltungsverfahren regelt das "wie" des Verwaltungshandelns.

c) Das Verwaltungsorganisationsrecht wird vom Gesetz (Art. 84 ff GG) als das Recht zur Regelung der Einrichtung der Behörden bezeichnet. Das Recht zur Einrichtung der Behörden i.S. des Art. 84 Abs. 1 GG umfasst auch das Recht zur Neuerrichtung von Behörden. Da zum Organisationsrecht auch die Regelung von Zuständigkeiten zählt, unterfällt dem Organisationsrecht auch das behördeninterne Verwaltungsverfahren.

K A P I T E L IV

pezielle Probleme des Verwaltungsverfahrens

) Die Zuordnung von Widerruf und Rücknanme.
Gehören Widerruf und Rücknahme von Verwaltungsakten zum formellen oder materiellen Verwaltungsrecht?

Bevor auf das Problem selbst eingegangen werden kann, st die Terminologie, die verwendet werden soll, klarzustel-en. Auf dem Gebiet der "Aufhebung von VA'n" ist dies in be-onderem Masse erforderlich, denn noch immer hat sich keine inheitliche Terminologie entwickelt. Dass schon hier die chwierigkeiten beginnen, muss befremden, handelt es sich och insoweit lediglich um einen Streit um Worte, dem noch eine prinzipielle Bedeutung zukommt.

Die Begriffe Widerruf und Rücknahme werden immer wie-er in verschiedenem Sinne gebraucht. Einmal wird unter iderruf die Aufhebung des begünstigenden VA's verstanden, nter Rücknahme die des belastenden VA's[1], ein andermal wird ls Widerruf die Aufhebung des fehlerfreien VA's, als Rück-ehme die Aufhebung des fehlerhaften VA's bezeichnet[2]. Letz-ere Bezeichnung beginnt sich neuerdings durchzusetzen, wie orsthoff in der 7. Aufl. seines Lehrbuchs feststellt[3], nd so soll auch hier unter Rücknahme die Beseitigung des ehlerhaften, unter Widerruf die Beseitigung des fehler-reien VA's verstanden werden. Das Bundesverwaltungsgericht enützt ebenfalls diese Terminologie[4], auch § 113 Abs. 1 Satz VwGO scheint eine solche Bezeichnung nahezulegen, da hier on einer Rücknahme im Zusammenhang mit einem rechtswidrigen A die Rede ist.[5]

) Forsthoff Lb. 6. Aufl., S. 230; E. Schütz: "Der Widerruf gesetzwidriger begünstigender VA'e", DÖV 58, S. 449; G. Schäfer: "Der Widerruf begünstigender VA'e", S. 3 u. 4ff
) Haueisen: "Betrachtungen über die Rücknahme fehlerhafter VA'e", DVBl 59, 228; Forsthoff, Lb. 7.Aufl., S. 238/39; Ipsen: "Der Widerruf gültiger VA'e", S. 1.
) S. 238/39.
) BVerwG, DÖV 58, 178.
) Vergl. zur Terminologie die auf diesem Gebiet neuesten Darstellungen von Hangartner: "Widerruf und Änderung von VA'n aus nachträglich eingetretenen Gründen", S. 15/16 und Schäfer: "Der Widerruf begünstigender VA'e", S. 2/3.

a) Der Widerruf des fehlerfreien Verwaltungsakts.

aa) Es ist zu prüfen, ob die Regeln über den Widerruf dem allgemeinen formellen oder materiellen VR angehören. Es besteht heute keine allgemeine gesetzliche Regelung des Widerrufs, die Grundsätze des Widerrufs wurden vielmehr von der Rechtsprechung und der Rechtslehre entwickelt. Dass diese Grundsätze dann teilweise in Spezialgesetze übernommen wurden, hindert nicht die Feststellung, dass der Widerruf ein Problem des allgemeinen VR's ist. Diese Zugehörigkeit zum allgemeinen VR macht eigentlich die Regelung des Widerrufs in Spezialgesetzen überflüssig. Das Fehlen von Widerrufsregeln in Spezialgesetzen darf deshalb nicht zu der Argumentation benützt werden, der Gesetzgeber habe in einem Gesetz, das keine Widerrufsregeln enthält den Widerruf ausschliessen wollen.[1]

Gehören die Regeln über den Widerruf nun zum allgemeinen materiellen VR?

Als Ausgangspunkt ist zunächst folgendes festzuhalten: Ein VA ergeht - seinem Inhalt nach - nach den Vorschriften des materiellen VR's[2], und zwar auch nach den Regeln des allgemeinen nicht nur des besonderen materiellen VR's. Es kann Bettermann nicht zugestimmt werden, wenn er meint[3] - und das ergibt sich aus seiner Argumentation zu den Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit von VA'n - dass die Rechtmässigkeit von VA'n sich nur nach dem besonderen VR, also nach Spezialgesetzen, bemesse. So gehört z.B. der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des Verwaltungshandlens zum materiellen VR, und zwar zum allgemeinen materiellen VR, ebenso wohl die Regeln über das Erfordernis der tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeit von VA'n.

1) Vergl. dazu Bachof: "Das Ende des deutschen VR's", DÖV 58, 27 (28) mit Hinweis auf BVerwG, DÖV 57, 264 und 889.
2) BVerwG, DÖV 57, 890; ausdrücklich so Bachof, DÖV 58, S. 28; dies ist im übrigen allgemein anerkannt; abzulennen ist die von Haas ("Landesrecht vor Bundesgerichten", DVBl 57, S. 368, hier S. 373) erwähnte "Theorie" (Hass lässt den Vertreter dieser Theorie ungenannt) auch das allgem. materielle VR gehöre zum Verwaltungsverfahrensrecht nach Art. 84 Abs. 1 GG. Zutreffend die Entgegnung von Bachof, DÖV 58, S. 28 Anm. 3.
3) VVDStRL 17, S. 126, in Verbindung mit S. 140/141

Dass der VA nach materiellem Recht ergeht, zeigt sich daran, dass er ein (Verwaltungs-) Rechtsverhältnis begründet, verändert oder beendet[1], denn er ergeht zur rechtlichen Regelung eines Einzelfalles. Der VA wird deshalb auf Grund eines materiellen Rechts vorgenommen, denn die Regeln, nach denen Rechte begründet, verändert oder beendet werden, stellen materielles Recht dar. Dies hat das BVerwG mit seiner Entscheidung vom 7.12. 60[2] auch für das öffentliche Recht bestätigt.

Den materiellen Vorschriften über den Inhalt des VA's treten die formellen Vorschriften über das Verfahren bei Erlass eines VA's zur Seite. Insofern ist Bettermann zuzustimmen, wenn er darauf hinweist[3], dass es auch verfahrensmässige Voraussetzungen für den Erlass von VA'n gibt.[4] Dies ist jedoch kein Argument gegen die Feststellung, dass der "Kern" des VA's, die "rechtliche Regelung" nämlich, eindeutig nach materiellem VR zu beurteilen ist. Auch Menger[5] unterscheidet scharf zwischen dem "Ergehen" des VA's und dem, was inhaltlich dem Adressaten durch den VA aufgegeben wird und legt besonderen Wert auf die Feststellung, dass die "Anordnung" des VA's - und um ihretwillen ergeht der VA - nach materiellem Recht zu beurteilen ist. Der Schwerpunkt bei der Beurteilung eines VA's liegt somit auf materiellrechtlichem Gebiet. Hervorzuheben ist noch, dass auch die Frage, wie weit ein Verstoss gegen Verfahrensvorschriften die Gültigkeit eines VA's beeinflusst, zum materiellen Recht gehört. So führt Eyermann-Fröhler[6] aus: "Von dieser prozessualen Frage ist die materielle Frage zu unterscheiden, wie weit der Umstand, dass der VA auf bestimmte Tatsachen oder Rechtsnormen nicht gestützt wurde, seine Rechtmässigkeit beeinflusst hat."

---

1) Vergl. zum Verwaltungsrechtsverhältnis an sich: Forsthoff, Lb., S. 162 - 179, auf S. 162 weitere Nachweise; zur Begründung von Rechtsverhältnissen durch VA'e: Eyermann-Fröhler, VwGO - Kom. § 43 Randnr. 8; OVG Münster, NJW 53, 1688; Menger: VerwArch. 1957, 357.
2) NJW 61, 1130/31.
3) VVDStRL 17, 125/126.
4) Das wurde aber von Bachof, (DÖV 58, S. 28), nicht bestritten, unzutreffend deshalb die diesbezügliche Kritik Bettermanns, VVDStRL 17, 125.
5) "System", S. 102 - 104, VVDStRL 17, S. 219.
6) VwGO - Kom., § 113 Randnr. 18.

Der Widerruf eines VA's ist selbst ein VA, er weist sämtliche Merkmale eines VA's auf[1] (hoheitlicher Ausspruch einer Verwaltungsbehörde zur rechtlichen Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentl. Rechts). Deutlich spricht dies Bachof aus[2]: "Der Widerruf eines VA's ist selbst ein VA, und unter welchen Voraussetzungen er zulässig ist, das ist soviel und sowenig eine Frage des Verfahrensrechts wie beim Erlass jedes anderen VA's." Zu beachten bleibt freilich, dass die Verwaltung bei Erlass eines Widerrufs auf "von ihr schon geregelte Wirklichkeit" stösst, während der primäre VA eine Regelung erst herbeiführt[3]. Dies kann jedoch an der Qualifikation des Widerrufs als VA nichts ändern. Der Kern des Widerrufs, die "Anordnung", die der Widerruf enthält, bezweckt die Änderung oder Beendigung des durch den ersten VA begründeten Rechts und ist deshalb, wie ein gewönnlicher VA auch, nach materiellem Recht zu beurteilen. Dem entspricht, dass das "Ergehen" des Widerrufs sich nach Verwaltungsverfahrensrecht bemisst.[4]

Die bisherigen Ausführungen gelten für den Widerruf des belastenden und des begünstigenden VA's.

Für den materiellrechtlichen Charakter des Widerrufs eines begünstigenden VA's sprechen aber noch weitere Gesichtspunkte. So führt Bettermann aus[5]: "Der sog. Widerruf "ex nunc", bei dem eine Besitzposition entzogen wird ... gehört zum materiellen Recht. Diese Fälle laufen fälschlich unter der Bezeichnung des Widerrufs des Verleihungs- VA's; dieser wird nicht widerrufen, sondern der durch den Akt verliehene Rechtsstand wird wieder entzogen. "Damit ist der Gesichtspunkt einer Rechtsentziehung angesprochen, auf den

1) Allgem. anerkannt. Vergl. etwa die Nachweise bei Hangartner: "Widerruf und Änderung von VA'n aus nachträglich eingetretenen Gründen", S. 206 Anm. 2.
2) DÖV 58, S. 28; dass Bachof sich bei diesen Ausführungen auf eine "Rücknahme" bezieht, ist hier unbeachtlich.
3) Darauf verweist besonders Forsthoff, Lb. S. 239 und 242; er bezeichnet die Rücknahme als blossen "aktus contrarius", dem Widerruf hingegen bestätigt er "eigenständige Elemente".
4) Vergl. Eyermann-Fröhler, VwGO-Kom. § 42, Randnr. 48; Ipsen: "Widerruf", S. 181 mit weiteren Nachweisen; OVG Münster, VerwArch. Bd. 4 Nr. 164, S. 768.
5) VVDStRL 17, S. 219.

ch schon Ipsen[1] hingewiesen hatte: "Im übrigen entstehen
e entscheidenden Widerrufsfragen gar nicht für VA'e,
e unter Verfahrens- oder sonstigen Mängeln leiden, son-
rn gerade für die gesund auf die Welt gekommenen VA'e.
i diesen fragt es sich, ob sie, obwohl gesund entstanden
d geblieben, gleichwohl zum Nachteil des "Begünstigten"
derrufen werden dürfen. Das ist kein Rechtskraftproblem,
ndern eine Frage der Belassung eines materiellen Besitz-
andes, die schliesslich in Grundrechtsproblematik, Ent-
hädigungsproblematik usw. ausmündet. Diese Frage ist nie
d nimmer eine Problematik des Verfahrens und gehört des-
lb auch nicht in eine Verfahrensordnung."

Gilt dies nun speziell für den Widerruf derjenigen
'e, durch die ein Recht positiv verliehen wurde, so gilt
leiches auch für diejenigen VA'e, die lediglich etwas ge-
atten, was unter Erlaubnisvorbehalt verboten ist[2], denn
ch hier wird durch die Erlaubnis oder Genehmigung jeden-
lls ein öffentlich-rechtlicher Besitzstand, eine verliehene
sition rechtlicher oder wirtschaftlicher Art[3] des Be-
nstigten gegenüber der Verwaltung begründet.[4]

Aber auch dem Widerruf der Ausnahmegenehmigung (Di-
ens) liegt materielles VR zu Grunde, selbst wenn durch die
snahmegenehmigung keine Recht oder eine ähnliche Position,
ndern nur eine "tatsächliche Chance"[4] verliehen wurde.
er ist auf den Gesichtspunkt der Abänderung oder Beendigung
nes durch die Ausnahmegenehmigung entstandenen Verwaltungs-
chtsverhältnisses zurückzugreifen. Aus diesem Grund sind
ch die Regeln über den Widerruf einer Ausnahmegenehmigung
m materiellen VR zu zählen. Dieses Moment der Abänderung
nes Verwaltungsrechtsverhältnisses bleibt durchgehend bei

VVDStRL 17, S. 217.
Diese Begriffe nach Forsthoff, Lb. S. 224 - 246; zur Sache selbst vergl. Ipsen, "Widerruf", S. 64 und 74 ff.
Forsthoff, Lb. S. 246.
E.R. Huber in der Besprechung zu der Entscheidung des BGH vom 29.11. 51 in AöR. 78, 102 (113).

der Beurteilung jeder Aufhebung von VA'n zu beachten, denn es deutet das Vorliegen materiellen VR's an.

b) Die Zuordnung des Widerrufs in der Rechtsprechung.

Im Rahmen der Entscheidungen über Revisionszulassungen musste auch das Bundesverwaltungsgericht zu der Frage Stellung nehmen, ob der Widerruf eines VA's zum materiellen VR oder zum Verwaltungsverfahrensrecht gehört. Nach § 137 Abs. 1 VwGO kann die Revision nur darauf gestützt werden, dass das angefochtene Urteil auf der Verletzung von Bundesrecht beruhe. Wäre nun der Widerruf eines VA's zum Verwaltungsverfahrensrecht zu zählen, so könnte das Bundesverwaltungsgericht als Revisionsgericht überhaupt nicht in der Sache über einen Widerruf entscheiden, da das Verwaltungsverfahrensrecht - das Verwaltungsverfahrensrecht ist Landesrecht[4] - nicht vom Bundesverwaltungsgericht überprüft werden darf. Gehören hingegen die Voraussetzungen des Widerrufs zu den Grundzügen des allgemeinen materiellen VR's, so wären diese Voraussetzungen dann revisibel, wenn und soweit sie, zur Ergänzung von materiellem Bundesrecht dienend, im betreffenden Fall zu einer solchen Ergänzung herangezogen wurden. Allgemein hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden[1], dass die Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts insowei vom Bundesverwaltungsgericht erörtert werden dürfen, als sie der Ergänzung von Bundesrecht dienen.

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur hier vorliegenden Frage war zunächst uneinheitlich. Der 5. Senat, als erster mit dieser Frage befasst, entschied in 2 Urteilen (vom 29.6. 56[2] und vom 15.5. 57[3]) dahingehend, dass der Widerruf eines rechtswidrigen VA's, soweit er nicht im Bundesrecht geregelt ist, zum irrevisiblen Landesrecht, nämlich zum Verwaltungsverfahrensrecht, gehört. Dabei war der

1) BVerwGE 2, S. 22.
2) DÖV 57, S. 264.
3) DÖV 57, S. 889.
4) So der Regelfall.

Senat der Ansicht[1], dass es gleichgültig sei, "ob die Grundsätze über die Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden VA's durch Landesgesetz festgelegt seien oder dem ungeschriebenen allgemeinen VR entnommen würden; denn auch im letzteren Falle handle es sich um Landesrecht, weil die ungeschriebenen Grundsätze des allgemeinen VR's die vorhandenen Lücken ausfüllten, dem Recht zuzuordnen seien, zu dessen Ergänzung sie herangezogen würden, nämlich zur Ergänzung des Verwaltungsverfahrensrechts."

Anders entschieden jedoch der 2. Senat[2] und der 6. Senat[3]; beide Senate überprüften den Widerruf von Verwaltungsakten, die nach dem Gesetz 131 ergangen waren, woraus sich ergibt, dass beide Senate die Widerrufsgrundsätze (entgegen den zeitlich früheren Entscheidungen des 5. Senats) zum materiellen VR zählen.

Im Urteil vom 7.12. 60[4] hat deshalb der 5. Senat seine Rechtsprechung nochmals überprüft. Der Senat führt aus[5]:

> "Seine (des erkennenden Senats. Anm. des Verfassers) bisherige Ansicht beruhte auf einer ausdehnenden Auslegung des Begriffs "Verwaltungsverfahren", die in ihrer Folgerichtigkeit zu der von Bettermann vertretenen, sonst aber in Lehre und Rspr. überwiegend nicht gebilligten Meinung führt, Gesetzanwendung sei Verfahren und der VA selbst sei ein Institut des Verwaltungsverfahrens (Bettermann, VVDStRL 17, 118 (139, 140)). Diese Folgerung vermag der erkennende Senat jedoch nicht zu ziehen. Die Voraussetzungen, nach denen sich die Begründung, Aufhebung und Veränderung von Rechten richtet, werden sonst als Fragen des materiellen Rechts angesehen. Zutreffend weist Forsthoff (VVDStRL 17, 118 (222)) darauf hin, dass die deutsche Rechtsordnung die Gewähr des Rechtes nicht im Verfahren, sondern im materiellen Recht biete. Dann aber ist der Widerruf eines VA's revisionsrechtlich nicht anders zu behandeln als der VA selbst, denn der Widerruf ist auch ein VA. Bachofs Einwand (DÖV 58, 27) gegen die bisherige Rspr. des erkennenden Senats ist daher berechtigt."

1) So die Ausführungen in NJW 61, 1131.
2) Urteil vom 29.5. 58, DÖV 58, 826.
3) Urteil vom 20.5. 59, BVerwGE 8, 296.
4) NJW 61, 1130.
5) NJW 61, 1130/31.

Der Senat führt dann noch aus, dass auch der von Bettermann herangezogene Vergleich von § 318 ZPO mit den Widerrufsregeln nicht zutreffe, bzw. unvollständig sei, denn nach Prozessrecht beurteile sich nur die Beseitigung der aus § 318 ZPO resultierenden bindenden Wirkung der richterlichen Entscheidung, nicht aber die neue Entscheidung, die der Richter nach Aufhebung des früheren Urteils zu treffen hat. Diese neue Entscheidung beurteilt sich nämlich wiederum nach materiellem Recht.

Der Senat fasst dann zusammen:

> "Revisionsrechtlich werden daher zum materiellen Recht auf jeden Fall die Regeln zu rechnen sein, die darüber Auskunft geben, ob die Verwaltungsbehörde regelnd eingreifen darf, ob sie Rechte und Pflichten begründen, aufheben oder abändern darf. Da solche Rechtsfolgen auch der Widerruf eines VA's auslöst, gehören seine Voraussetzungen damit revisionsrechtlich zum materiellen VR. Der erkennende Senat gibt daher seine bisher vertretene Ansicht auf und schliesst sich der Rspr. der anderen Senate des Bundesverwaltungsgerichts und der in der Lehre überwiegend vertretenen Meinung an."

Zusammenfassung: Der Widerruf eines VA's ist selbst ein VA. Auf das "Ergehen" des Widerrufs finden deshalb, wie bei jedem anderen VA auch, die Regeln des Verwaltungsverfahrens Anwendung. Der "Inhalt" des Widerrufs ist hingegen im materiellen Verwaltungsrecht begründet, denn er betrifft die Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten. Aus diesem Grunde ist auch der Widerruf eines belastenden VA's nach materiellem VR zu beurteilen. Soll durch den Widerruf eine Rechtsverleihung zurückgenommen werden, so sind die Vorschriften bzw. Rechtsgrundsätze über Enteignung und Aufopferung heranzuziehen. Auch diese Grundsätze gehören zum allgemeinen materiellen VR.

o) Die Rücknahme des fehlerhaften Verwaltungsaktes.

Es sei nochmals betont, dass hier nur zu untersuchen ist, ob die allgemeinen Regeln über die Rücknahme zum allgemeinen materiellen oder formellen VR gehören. Spezialgesetzliche Regelungen und Ausformungen der Rücknahme bleiben dabei ausser Betracht.

uch die Rücknahme eines fehlerhaften VA's ist nicht aus-
chliesslich ein Problem des Verwaltungsverfahrens. Das er-
ibt sich schon daraus, dass auch der fehlerhafte VA - wie
er fehlerfreie VA - Rechte und Pflichten zuteilt, inhalt-
ich verändert oder aufhebt, denn nach Ablauf der Wider-
pruchsfrist "heilt" die Fehlerhaftigkeit des VA's. Inso-
ern gilt das zum Widerruf des VA's Gesagte auch hier und
eigt den materiellrechtlichen Charakter der Rücknahme auf.

Darüber hinaus liegt aber der Rücknahme eine besondere
roblematik zu Grunde. Sie ergibt sich aus Folgendem: Einer-
eits ist die Verwaltung an Gesetz und Recht gebunden (Art.
0 Abs. 3 GG), d.h. sie hat darauf zu achten, dass die von
hr erlassenen Verwaltungsakte dem geschriebenen oder unge-
chriebenen VR entsprechen. Die Behörden werden deshalb be-
trebt sein, fehlerhafte VA'e zu korrigieren bzw. ganz zu-
ückzunehmen. Andererseits steht diesem Legalitätsinteresse
er Verwaltung das Vertrauen des Begünstigten auf die Gültig-
eit der VA'e entgegen. Dieser Vertrauensschutz des Be-
ünstigten wurde schon längere Zeit von der Rechtslehre
efordert[1] und neuerdings auch von den Gerichten anerkannt.[2]

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entschei-
ung vom 15.5. 57[3] die Rücknahme eines VA's als eine Frage
es Verfahrensrechts bezeichnet: "Der Widerruf (d.h. nach
er hier verwendeten Terminologie: Die Rücknahme) eines
A's gehört dem Verfahrensrecht an." Auch Bettermann ver-
rat diese Ansicht in seinem Referat auf der Staatsrechts-
ehrertagung in Wien (1958)[4]. Die Zuordnung der Rücknahme
um Verfahrensrecht stützte Bettermann auf folgende Argumen-
e: Auch der Widerspruch gehört zum Verwaltungsverfahrens-
echt. Auf Antrag führt er zu einer verwaltungsbehördlichen
orrektur des VA's. Ob diese Korrektur nun von Amts wegen
Rücknahme) oder auf Antrag (auf Widerspruch hin) erfolge,

1 Vergl. insbesondere Haueisen, NJW 54, 1425 ff; derselbe, DVBl 59, 228 (230).
2 OVG Berlin (14.11. 56), DÖV 57, 753; Bundesverwaltungsgericht, DÖV 57, 911 und (Entscheidung vom 25.10. 57), DÖV 58,178, sowie (Entscheidung vom 7.12. 60) NJW 61, 1130 (1131).
3 DÖV 57, 889 mit Hinweis auf DÖV 57, 264.
4 VVDStRL 17, 118 ff.

könne für die Frage, welchem Recht die Regelung ihrer Voraussetzungen und Formen zuzurechnen sei, keinen Unterschied machen.[1] Anschliessend[2] führt Bettermann zur Bestätigung seiner These eine Reihe von Gesetzen an, welche die Rücknahme von VA'n unter den "Vorschriften zum Verfahren" oder unter "Rechtsmittel" regeln. Auch genügt Bettermann die Tatsache, dass "das Widerrufsproblem im VR vielfach unter dem Rubrum Rechtskraft erörtert wird, zum Beweise, dass es als Verfahrensfrage angesehen wird. Denn die Rechtskraft ist ja ein Institut des Verfahrensrechts."[3] Der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts[4] hat Bachof[5] "mit Nachdruck" widersprochen. Bachof führt dazu aus: "Der Widerruf eines VA's ist selbst ein VA, und unter welchen Voraussetzungen er zulässig ist, das ist soviel und sowenig eine Frage des Verfahrensrechts wie beim Erlass jedes anderen VA's."[6]

Damit sind die Positionen in der Diskussion um die Zuordnung der Rücknahme angedeutet. Auf die einzelnen Argumente ist sofort einzugehen. Einige prinzipielle Bemerkungen seien jedoch vorangestellt.

Tezner hat vor nun genau 60 Jahren in seiner Abhandlung "Theorien der Verwaltungsrechtspflege"[7] bemerkt: "So zeigt es sich, dass zu einer gedeihlichen Lösung des Problems der Gebundenheit des Staates an seine Verwaltungs- und an seine Verwaltungsrechtspflegeakte nur dann zu gelangen ist, wenn es in jeder Hinsicht von dem prozessualen Problem der Rechtskraft abgelöst[8] wird." Dieser zutreffende Hinweis lenkt die Aufmerksamkeit darauf, dass Rechtsbeziehungen nicht nur auf Grund materieller und formeller Rechtskraft unabänderlich werden können, sondern dass daneben auch eine

1) VVDStRL 17, 125.
2) VVDStRL 17, 126 - 128.
3) VVDStRL 17, 129.
4) DÖV 57, 889.
5) DÖV 58, 28.
6) Es ist noch darauf hinzuweisen, dass Bettermann und Bachof die Rücknahme des fehlerhaften VA's als Widerruf bezeichnen; vergl. Bettermann, VVDStRL 17, 219; bei Bachof ergibt sich dies aus der Stellungnahme gegen die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in DÖV 57, 889.
7) VerwArch. 1901, Bd. 9, 159 (217).
8) Soll heissen: Losgelöst.

Unabänderlichkeit kraft materiellen Rechts besteht (vergl. etwa den Rechtssatz: Pacta sunt servanda). Darauf weist insbesondere Bötticher[1] hin.

Der VA ist der formellen Rechtskraft fähig - nach Ablauf der Widerspruchsfrist ist der VA nicht mehr anfechtbar - nicht aber der materiellen Rechtskraft.[2] Das Bundesverwaltungsgericht[3] hat dem VA indessen eine in der Wirkung der Rechtskraft verwandte "Beständigkeit" zugesprochen. Betrachtet man aber die Gründe, aus denen das Bundesverwaltungsgericht diese Beständigkeit herleitet, so zeigt sich, dass es sich im Grunde hier um eine Beständigkeit kraft materiellen Rechts handelt[4], denn "es wird abzuwägen sein zwischen dem grundsätzlich zu bejahenden öffentlichen Interesse an der gleichmässigen Gewährleistung eines dem Gesetz entsprechenden Rechtszustandes, das an sich die Beseitigung der Folgen irrtümlicher Gesetzesanwendung durch die Verwaltung wünschenswert, ja notwendig erscheinen lässt, und den Einzelinteressen des begünstigten Bürgers, der in seinem Vertrauen auf die Beständigkeit behördlicher Entscheidungen mit Recht nicht getäuscht sein will."[3]

Ähnliche Gesichtspunkte und Interessenabwägungen sind auch im Zivilrecht bekannt, sie zählen dort unter den Stichworten "Vertrauensschutz, Gebot des Handelns nach Treu und Glauben, Verbot des venire contra factum proprium" zum materiellen Recht. So führt auch Imboden[5] aus: "Das

> Problem der Berichtigung und Anpassung von Verwaltungsakten lässt sich nicht nur als formelle Frage begreifen. Das schweizerische Bundesgericht hat - ähnlich der neuesten Rspr. des deutschen BVerwG - die Formel geprägt, das Problem des Widerrufs (Imboden meint hier die Rücknahme. Anm. des Verfassers) lasse sich nur durch wertende Interessen-

---

1) "Abänderbarkeit und Rechtskraft im Funktionsbereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit", JZ 56, 582 (585).
2) Zu dem Streit um "Für und Wider die materielle Rechtskraft von VA'n" soll hier nicht näher Stellung genommen werden. Die hier wiedergegebene Ansicht entspricht der Ansicht des BVerwG (DÖV 58, 178) und des BVerfG (BVerfGE 2, 380 (403)).
3) Urteil vom 25.10. 57, DÖV 58, 178.
4) Vergl. Haueisen: "Betrachtung über die Rücknahme fehlerhafter VA'e", DVBl 59, 228 (229): Die Bindung, die dem VA eigen und als eine Erscheinung des materiellen VR's zu werten ist ..."
5) VVDStRL 17, 215.

> abwägung lösen; zwischen den Rechtssicherheits-Interessen einerseits und den Legalitäts-Interessen andererseits müssen gewählt werden. Wird die Frage so gestellt, dann ist indessen offenbar, dass nicht ohne Würdigung der materiellen Rechtslage entschieden werden kann."

Imboden vertritt deshalb auch die Ansicht Bachofs von der Zuordnung der Rücknahme zum materiellen VR.

Damit ist auf die Argumente Bettermanns einzugehen. Zwei davon müssen als oberflächlich bezeichnet werden. Die Tatsache, dass die Rücknahme häufig in Gesetzen im Abschnitt "Verfahren" geregelt wird[1], besagt nichts über die wirkliche Eigenschaft der Rücknahmevorschriften. Es wurde schon mehrfach darauf hingewiesen, (vergl. oben S. 34/35), dass oftmals in einem Gesetz materielle und formelle Vorschriften gleichermassen enthalten sind; auch ausgesprochene Verfahrensgesetze wie z.B. die ZPO enthalten materiellrechtliche Vorschriften (§§ 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2 ZPO). Ausserdem besagt die blosse Tatsache eines Zustandes noch nichts über die Richtigkeit dieses Zustandes.

Dieses Argument ist somit nicht stichhaltig, zumal in den derzeit neuesten Verwaltungsverfahrensgesetz - dem Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung vom 2.10. 58[2] - bewusst von einer Regelung der Rücknahmevoraussetzungen abgesehen wurde - weil diese nämlich zum materiellen VR gehören.[3]

Auch die häufige Behandlung des Problems der Rücknahme unter dem Stichwort "Rechtskraft" besagt nichts für die Zurechnung der Rücknahme zum Verfahrensrecht. Bettermann verkennt dabei, dass - was er selbst als möglich angedeutet, aber nicht weiter verfolgt hat[4] - es neben der formellen

1) Vergl. dazu die Aufstellung Bettermanns: VVDStRL 17, 126 - 128.
2) Berliner GVBl, S. 951.
3) Vergl. Sendler: "Das Verfahren der Berliner Verwaltung", DÖV 59, S. 439 (441).
4) VVDStRL 17, S. 129.

nd der materiellen Rechtskraft noch eine 3. Form der Un-
änderlichkeit von Rechtsverhältnissen gibt, nämlich die
om Bundesverwaltungsgericht[1] angesprochene "Beständigkeit",
ie bei Betrachtung der Gründe als Unabänderlichkeit kraft
ateriellen Rechts bezeichnet werden muss. Die Verwechslung
er 3 genannten Begriffe ist nur zu häufig; auf die oben
S. 82) angeführte Bemerkung Tezners ist nochmals zu ver-
isen. Was mit der Unabänderlichkeit kraft materiellen
echts praktisch gemeint ist, zeigt sich an einem von
ötticher[2] gewählten Beispiel aus dem Zivilrecht: Ob und
nter welchen Voraussetzungen ein Vertrag einseitig oder
weiseitig aufgehoben werden kann, entscheidet sich allein
ach dem materiellen Privatrecht.

uch die Beständigkeit des VA's erlaubt sonach keinen
chluss auf einen verfahrensrechtlichen Charakter der Rück-
ahme.

ettermann vergleicht weiter die Rücknahme eines VA's mit
er Korrektur einer ungerechtfertigten Entscheidung nach
18 FGG. Es ist zunächst nicht zu bestreiten, dass die
ichterliche Tätigkeit auf dem Gebiet der freiwilligen
erichtsbarkeit dem Wesen nach oftmals Verwaltungstätigkeit
st[3] und dass § 18 FGG zu den Verfahrensbestimmungen des
GG zählt. Ob aber weiter ein Analogieschluss aus § 18 FGG
ur Lösung des Problems der Aufhebung von Verwaltungsakten
was beitragen kann, hat schon Ipsen[4] untersucht. Er hat
iese Frage verneint, "weil die Tatbestände, die diese Vor-
chrift erfasst, sich innerlich von denen des Verwaltungs-
echts fast ausnahmslos unterscheiden."[4] Auch weitere Be-
enken sind vorzubringen. So ist es z.B. ein erheblicher Un-
rschied, ob ein Richter als unparteiischer Dritter eine
ngerechtfertigte Entscheidung korrigiert, oder, ob die in-
ressengebundene Verwaltung einseitig und in ihrem Sinne

1) DÖV 58, 178.
2) JZ 56, 582 (585).
3) Vergl. Bettermann: "Die freiwillige Gerichtsbarkeit" im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung", in der Festschrift für Lent, 1957, S. 17 ff.
4) "Widerruf", S. 62.

ein Verwaltungsverhältnis abändert oder auflöst. Ausserdem ist § 18 FGG selbst eine Ausnahmeregelung, denn grundsätzlich darf der Richter seine End- oder Zwischenurteile nicht von Amts wegen abändern: § 318 ZPO. Zu Recht weist Baur[1] darauf hin, dass das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in gewissem Sinne eine Zweckschöpfung, und zwar eine Notlösung mit erheblichen Mängeln sei, entstanden aus der Erkenntnis, "dass das in die Hand des Richters gegebene ius aequum, die Unmöglichkeit, die Krisis der Rechtsverhältnisse mit exakten materiellrechtlichen Vorschriften zu überwinden, auch ein anderes Verfahrensrecht als dem Zivilprozess verlangt." § 18 FGG regelt ein Verfahren, das erst eingeleitet werden kann, wenn eine ungerechtfertigte Entscheidung vorliegt; dabei regelt § 18 FGG nur die verfahrensrechtliche Befugnis zur Änderung der unrechtmässigen Verfügung[2]; welchen Inhalt das zu beurteilende Rechtsverhältnis nach der Änderung haben soll, bemisst sich wieder nach materiellem Recht.

Auch die Rücknahme eines VA's erfolgt wegen Rechtswidrigkeit des VA's (vergl. "ungerechtfertigt" in § 18 FGG). Insofern zeigt sich tatsächlich eine gewisse Parallele zwischen § 18 FGG und der Rücknahme von VA'n. Was aber das Verfahren bei der Rücknahme eines VA's anbelangt, so ergeben sich hier keine Besonderheiten gegenüber dem Erlass jedes anderen VA's.

Dabei ist unbeachtlich, ob die Rechtswidrigkeit, wegen der die Rücknahme des betreffenden VA's erfolgen soll, auf einem Verstoss gegen das formelle oder materielle VR beruht. Zwar glaubt Ule[3], in dieser Hinsicht zwischen Verfahrensfehlern und materieller Rechtswidrigkeit unterscheiden zu müssen. Zutreffend erwidert aber Ipsen[4]: "Es ist sehr

1) F. Baur: "Freiwillige Gerichtsbarkeit", Vorbemerkung S. 1.
2) Jansen, FGG - Handkom., § 18 Nr. 2.
3) VVDStRL 17, S. 219.
4) VVDStRL 17, S. 217.

zweifelhaft, ob man so argumentieren kann: Wenn beim Zustandekommen des Aktes, also bei der Prozedur seiner Kreation, Mängel vorgekommen sind, dann muss auch die Frage der Bestandskraft eines solchen Aktes eine verfahrensrechtliche Frage sein, deren Lösung man durch Aufstellung einer Rechtskraftvorschrift beikommen kann.[1]

n der Tat ist die Rücknahme eines formell fehlerhaften VA's icht lediglich eine Verfahrensfrage, genausowenig wie die ücknahme des materiell fehlerhaften VA's. Es bleibt jeeils zu beachten, dass auch der fehlerhafte VA Rechtswirungen hervorruft, denn er "heilt" nach Ablauf der Widerbruchspflicht und zeitigt dann die gleichen Wirkungen ie ein rechtmässiger VA.

Sowohl das schon beim Widerruf erörterte Argument, dass egründung, Abänderung, Aufhebung von Rechten und Pflichten ich nach materiellem Recht bemessen, wie auch die speziell er Rücknahme eigene "Interessenabwägung" (Legalitäts-Interesse, - Rechtssicherheitsinteresse, - Vertrauensschutz) prechen somit für die Zugehörigkeit der Rücknahmegründe um allgemeinen materiellen VR.

usammenfassung: Die Rücknahme eines VA's ist keine lediglich ormale Frage. Die Rücknahme ist selbst ein VA. Insoweit lt das für den Widerruf Gesagte auch hier: Der Inhalt der ücknahme, der insbesondere auf die Interessenabwägung "Legalitäts-Interesse - Vertrauensschutz des Betroffenen" geründet ist, gehört deshalb auch zum allgemeinen materiellen VR[2]. Lediglich in dem Masse, in dem jeder VA das Erebnis eines Verwaltungsverfahrens ist, gehört auch die ücknahme zum Verwaltungsverfahrensrecht.

---

[1] Auch Bettermann und Bachof differenzieren nicht zwischen der Rechtswidrigkeit eines VA's aus materiellrechtlichen oder verfahrensrechtlichen Gründen: VVDStRL 17, 219.

[2] Die Bindung an Gesetz und Recht, die der Verwaltung nach Art. 20 Abs. 3 GG auferlegt ist, lässt eine solche Abwägung zu. "Bindung an Gesetz und Recht", bedeutet auch Beachtung der Grundsätze des allgemeinen VR's; zu diesen gehört auch der Grundsatz über die rechtliche Behandlung rechtswidriger begünstigender VA'e. "Das Prinzip der Abwägung ist ein allgemeines Prinzip des VR's". BVerwG, NJW 61, 1130 (1131).

d) Die Rücknahme des nichtigen VA's.

Der nichtige VA ist grundsätzlich allgemein unbeachtlich[1], er hat weder für die Verwaltung selbst, noch für den Adressaten irgend welche Rechtswirkungen. Auch die ordentlichen Gerichte können die Nichtigkeit eines VA's ihrem Urteil unterstellen. So führt der BGH[2] aus: "Denn ein nichtiger VA, der von jedermann als nicht vorhanden betrachtet werden darf, kann auch für die dem ordentlichen Gericht zustehende Entscheidungsbefugnis keine Schranken setzen."

So gesehen könnte man glauben, dass die Rücknahme des nichtigen VA's lediglich eine rein formale Angelegenheit sei, gleichsam die Rücknahme einer behördlichen Äusserung, die ohne jede rechtliche Wirkung geblieben ist. Dies trifft nur deshalb nicht zu, weil selbst der nichtige VA noch eine gewisse Rechtswirkung hat, freilich nicht die, die er eigentlich haben sollte. Der nichtige VA begründet, wie Forsthoff[3] ausführt, "einen Rechtsschein, die Vermutung, dass nach ihm verfahren werde müsse. Aus diesem Grunde stellt er für den Betroffenen praktisch doch eine Belastung dar, welche sein Interesse daran rechtfertigt, den nichtigen VA aufgehoben zu wissen." In der neuen VwGO wird dies dadurch berücksichtigt, dass auch bei nichtigen Verwaltungsakten sowohl die Anfechtungsklage, wie auch die Feststellungsklage zulässig sind: § 43 Abs. 1 und 2 VwGO. Die Rücknahme des nichtigen VA's bewirkt also die Aufhebung eines Rechtsscheins und hat deshalb auch eine gewisse Auswirkung auf die materielle Rechtslage. Dies rechtfertigt die Feststellung, dass auch der "Inhalt" der Rücknahme eines nichtigen VA's dem materiellen Recht angehört und danach beurteilt werden muss, denn die durch den Rechtsschein (staatlich-hoheitliches Handeln hat die Vermutung der Rechtmässigkeit für sich) des nichtigen VA's hervorgerufene Rechtsbeziehung zwischen der Verwaltung und dem Adressaten des VA's wird durch die Rücknahme des nichtigen VA's aufgehoben. Ob dies geschehen kann, ist keine Frage des formellen, sondern des materiellen Rechts.

1) Forsthoff, S. 208, Lehrbuch.
2) NJW 57, S. 1402 (1403).
3) Lehrbuch, S. 208/209.

Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren.

a) Die Frage, ob auch im Verwaltungsverfahren recht-
ches Gehör gewährt werden muss, war lange Zeit umstritten,
sonders im Hinblick auf die entsprechende Rechtsgrundlage.
ne solche Rechtsgrundlage ist - was oftmals verkannt wur-
- nicht in Art. 103 Abs. 1 GG zu finden, denn dort wird
r das rechtliche Gehör vor Gericht angesprochen. Gericht
S. des Art. 103 Abs. 1 GG sind zwar auch die Verwaltungs-
richte, nicht aber die Verwaltungsbehörden. Das ergibt
ch eindeutig aus dem Wortlaut des Art. 103 Abs. 1 GG.[1]
führt auch das BVerfG aus[2]: "Der in Art. 103 Abs. 1 GG
m Grundrecht erhobene Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist
ne Folgerung aus dem Rechtsstaatsgedanken für das Gebiet
s gerichtlichen Verfahrens". Diese Bemerkung des BVerfG
rdient Beachtung. Zwar wird auch hier das rechtliche Gehör
ch Art. 103 Abs. 1 GG nur in Beziehung zum gerichtlichen
rfahren gesetzt, aber es wird auch klargestellt, dass der
undsatz des rechtlichen Gehörs eine Folgerung aus dem
chtsstaatsgedanken ist[3].

ch das Verwaltungsverfahren muss rechtsstaatlichen Anfor-
rungen genügen. Ist deshalb das rechtliche Gehör eine
lgerung aus dem Rechtsstaatsprinzip, so muss der Grundsatz
s rechtlichen Gehörs auch für das Verwaltungsverfahren gel-
n. Dieser Ansicht ist auch Dürig[4]: "Dennoch gilt der Grund-
tz des rechtlichen Gehörs auch im Verwaltungsverfahren.
folgt aus dem auch die Verwaltung verpflichtenden Rechts-
aatsprinzip und ist in seinem Kern letztlich in der in
t. 1 Abs. 1 GG geschützten Menschenwürde verankert."Dahin
ıt heute wohl auch die herrschende Lehre[4]. Abweichend da-

M-D, Art. 103 Abs. 1 Randnr. 92; Fellner: "Zur Regelung des Verwaltungsverfahrens in den Ländern", VerwArch. 48, 95 (103); vergl. auch v.Winterfeld: "Das Verfassungsprinzip des rechtlichen Gehörs", NJW 61, 849 mit ausführlichen Nachweisungen zur Rechtsprechung in Anm. 1.
BVerfGE 9, 83 (95).
Vergl. Fellner, VerwArch. 48, 103.
M-D, Art. 103 Abs. 1 Randnr. 92; ebenda ausführliche Nachweise in Anm. 3; Dürig: "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde", AöR 81, 117 (128); Spanner: "Gutachten", 42 ff. Becker: "Das allgem. Verwaltungsverfahren", S. 49 ff.

von begründet König[1] den Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren mit den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit, Notwendigkeit und der Verwaltungsökonomie. Damit fasst König das Problem des rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren weitgehend als eine Frage der Zweckmässigkeit auf. So lässt sich jedoch ein Anspruch auf rechtliches Gehör nicht begründen. Sicherlich ist es zweckmässig und für ein fehlerfreies (verhältnismässiges) Verwaltungshandeln meist notwendig, dass rechtliches Gehör gewährt wird; auch zeigt die Verwaltungspraxis, dass sich oftmals durch eine kurze persönliche Rücksprache ein langer, zeitraubender Briefwechsel erübrigt. Das alles ergibt aber noch keinen Schluss auf ein grundsätzlich zu gewährendes rechtliches Gehör. Dazu kommt König[2] auch nur durch einen "Rückgriff" auf das Rechtsstaatsprinzip, in dem er nämlich die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Notwendigkeit aus dem Rechtsstaatsprinzip herleitet. Diese Herleitung "aus zweiter Hand" kann jedoch nicht befriedigen. Zutreffend ist vielmehr, dass dem rechtlichen Gehör Grundrechtsrang zukommt. Dies folgt allgemein aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gebot der Wahrung der Menschenwürde. Deshalb muss auch im Verwaltungsverfahren rechtliches Gehör gewährt werden[3].

b) Lange war auch streitig, ob stets rechtliches Gehör gewährt werden müsse. Grundsätzlich führt dazu Dürig aus[4]: "Aus der Begründung des rechtlichen Gehörs im Personenwert folgt vielmehr, dass der Einzelne stets dann einzuschalten und zu hören ist, wenn in seine Rechtsstellung eingegriffen wird; das ist der Fall, wenn ihm Rechte oder rechtliche Vorteile entzogen oder zustehende Rechte nicht gewährt werden."

---

1) König: "Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im verwaltungsbehördlichen Verfahren", DVBl 59, 189 (190).
2) Wie Anm. 1, hier S. 191.
3) Vergl. statt aller: M-D, Art. 103 Abs. 1 Randnr. 92; Zur Eigenschaft des rechtlichen Gehörs als Grundrecht: Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 9, 83 (95); vergl. auch Winterfeld, NJW 61, 849 ff, insbesondere S. 851.
4) M-D, Art. 103 Abs. 1 Randnr. 93 mit Hinweis auf Forsthoff, Lb., S. 217; Fellner, VerwArch. 48, 95 (103); VGH Kassel, NJW 56, 1940.

? den Gesichtspunkt der Beeinflussung von Rechten stellt
ch das OVG Münster ab[1]: " Ein Anspruch auf rechtliches Ge-
? besteht auch im Verwaltungsverfahren mindestens dann,
nn es sich um die Entziehung oder Einschränkung von Rechten
er um die Regelung widerstreitender Interessen handelt."

Ist dies der Grundsatz, so sind auch die Ausnahmen
fzuzeigen: Ausnahmen von diesem Grundsatz sind insbesondere
nn möglich, wenn der Verwaltung rein tatsächlich keine Zeit
nr bleibt, vor ihrem Eingriff den Betroffenen zu hören.
es ist z.B. bei den meisten polizeilichen Eingriffen der
ll, im übrigen dann, "wenn die Verwaltung wegen Gefahr
Verzug sofort zugreifen muss"[2].

konnte nicht ausbleiben, dass gegen diese Ausnahmen rechts-
aatliche Bedenken vorgebracht wurden. Diese sind jedoch
cht durchgreifend. Richtig stellt Bettermann fest[3], dass
B. auch im gerichtlichen Verfahren trotz der Vorschrift
s Art. 103 Abs. 1 GG nicht immer rechtliches Gehör ge-
ırt wird, etwa beim Strafbefehls- oder beim Strafver-
gungsverfahren. Wenn Bettermann nun aber glaubt, deshalb
n rechtlichen Gehör den Charakter eines rechtsstaatlichen
undprinzips aberkennen zu müssen, so bedeutet dies eine
rkennung des Ausnahmecharakters von Strafbefehl und Straf-
rfügung. Beide Regelungen stellen Ausnahmen vom gewöhn-
chen (Straf-) Gerichtsverfahren dar. Diese Ausnahmen haben
n Sinn, dass einerseits dem Betroffenen bei Bagatellfällen
össere Einbussen (Kosten, Zeitaufwand) erspart bleiben, und
dererseits das Gericht nicht mit kleinen Fällen beschäf-
gt und zusehr überlastet wird. Diese Berücksichtigung
n Zweckmässigkeitsgesichtspunkten ist jedoch unbedenklich,
den Betroffenen stets der Weg vor das Gericht offen
eibt und so zu mindest nachträglich rechtliches Gehör ge-
ırt wird.

VerwRspr. II, 419 (Leitsatz), Ausführungen dazu S. 433 mit weiteren Belegen auf S. 434.
M-D, Art. 103 Abs. 1, Randnr. 94 mit Hinweis auf VGH Kassel, NJW 56, 1940; Fellner, VerwArch. 48, 103; König, DVBl 59, 192.
VVDStRL 17, 244.

c) Die Folgen einer Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs im Verwaltungsverfahren.

Es ist streitig, welche Folgen die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör hat, ob generell nur die Aufhebbarkeit die Folge eines solchen Verstosses ist[1], oder ob auch hier zwischen Aufhebbarkeit und Nichtigkeit differenziert werden muss[2] (Grundsatz: Bei einfachem Verstoss gegen ein Gesetz ist ein VA nur aufhebbar, nicht nichtig). Die Ansicht, dass stets Nichtigkeit eintritt, wird heute nicht mehr vertreten[3].

Wenn Dürig[4] hier der differenzierenden Lösung zustimmt, so ist ihm durchaus beizupflichten, insbesondere dann, wenn er ausführt, dass immer dann Nichtigkeit eintrete, wenn "die Anhörung gesetzlich vorgeschrieben und damit zum wesentlichen Bestandteil eines Verwaltungsverfahrens gemacht wurde."[4]

Dies folgt daraus, dass der Gesetzgeber durch ausdrückliche Aufnahme des rechtlichen Gehörs in das Gesetz dem rechtlichen Gehör für diesen Fall eine über das gewöhnliche Mass hinausgehende Bedeutung beigemessen hat. "In den übrigen Fällen hängt es von der Schwere des Eingriffs ab: Bei schwerwiegenden und wesentlichen Eingriffen in die Rechtsstellung des Beteiligten führt die Nichtbeachtung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zur Nichtigkeit des VA's; handelt es sich dagegen nur um einen leichten Eingriff, dann ist der VA vernichtbar."[5]

d) Der Inhalt des rechtlichen Gehörs.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör besagt, dass den Verfah-

1) W. Jellinek, Lb. S. 290 und 271; Nebinger, Lb. S. 214; VGH Kassel, NJW 56, 1940; OVG Münster, VerwRspr. 11, 419 (433); Forsthoff, Lb. S. 217, jedoch widerspricht Forsthoff nicht dem auf S. 217/218 in Anm. 6 zitierten Urteil des BGH (VerwRspr. 6, 796) in dem die Möglichkeit einer Differenzierung zwischen Nichtigkeit und Aufhebbarkeit angedeutet wird.
2) BGH in DÖV 54, 438; VGH Bebenhausen, VerwRspr. 9, 663.
3) Früher etwa: Württ.-Bad. VGH, VerwRspr. 2, 263 (267); Forsthoff, Lb. 1. Aufl., S. 182.
4) M-D, Art. 103 Abs. 1 Randnr. 95, Art. 1 Abs. 1 Randnr. 36.
5) M-D, Art. 103 Abs. 1 Randnr. 95.

nsbeteiligten die Gelegenheit geboten sein muss, sich
allen einschlägigen Tat- und Rechtsfragen des konkreten
rfahrens zu äussern und gehört zu werden.[1] Das schliesst
sführungen tatsächlicher wie rechtlicher Art ein[2], auch
nnen die Ausführungen mündlich oder schriftlich vorge-
acht werden.

Die Zuordnung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.

r Anspruch auf rechtliches Gehör ist ein formelles sub-
ktives öffentliches Recht. Heinzmann[3] hat diesen Charakter
s rechtlichen Gehörs präzis herausgearbeitet: "Während
i einem materiellen subjektiven Recht der Einzelne die
rechtigung hat, vom Verpflichteten, dem Staat, in einem
rfahren einen bestimmten Erfolg in der Sache selbst ver-
ngen zu können, gewährt das formelle subjektive Recht
r einen Anspruch, vom Staat bei dem zu einem sachlichen
folg führenden Verfahren ein bestimmtes Verhalten ver-
ngen zu können. Gerade das Recht auf verwaltungsmässiges
hör gewährt nur einen solchen, auf das Verfahren bezüg-
chen Anspruch. Zutreffend wird es daher im Schrifttum
d in der Rechtsprechung als ein formelles subjektives
cht bezeichnet."[4]

Das Recht auf Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren.

Im Zusammenhang mit dem Anspruch auf rechtliches
hör ist auch das Recht auf Akteneinsicht zu besprechen,
nn ein Anspruch auf rechtliches Gehör kann nur dann sinn-
ll sein, wenn der Betreffende sich vor seiner (mündlichen
er schriftlichen) Stellungnahme aus den Akten über den

M-D, Art. 103 Abs. 1 Randnr. 28.
M-D, Art. 103 Abs. 1 Randnr. 37.
Heinzmann: "Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren", S. 48.
Vergl. dazu: Bachof: "Vornahmeklage", S. 68, 78; Menger: "System", S. 120 Anm. 32; Haueisen, DVBl 52, 522; OVG Hamburg, VerwRspr. 6, 740 (745); Dürig (M-D, Art. 103 Abs. 1 Randnr. 3) spricht hier von "Hilfsgrundrechten" d.h. Grundrechten formeller Art, die der Sicherung und Durchsetzung der materiellen Grundrechte dienen.

Stand seiner Angelegenheit informiert hat. Der Anspruch auf Akteneinsicht lässt sich deshalb vom Anspruch auf rechtliches Gehör ableiten[1].

Diesem Anspruch der Beteiligten auf Akteneinsicht zum Zweck der Orientierung über den Streitstand steht allerdings das Interesse der Verwaltung entgegen, behördeninterne Vorgänge nicht an die Öffentlichkeit gelangen zu lassen. Dieses Interesse der Verwaltung ist zu berücksichtigen. Zutreffend weist Fellner[2] hier auf die Regelung der Akteneinsicht in der VwGO hin (§ 100 VwGO; zur Vorlagepflicht der Behörden: § 99 VwGO).

Die Regelung der Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren wird auf die Lösung dieser Frage in der VwGO abzustimmen sein.

Ein Anspruch auf Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren wird sich deshalb in den Grenzen der §§ 99/100 VwGO halten müssen und wird nur in dem dort vorgezeichneten Ausmass zu bejahen sein.

4) Die Begründung von Verwaltungsakten.

a) Es besteht keine allgemeine gesetzliche Regelung bezüglich der Begründungspflicht beim Erlass von VA'n. In Spezialgesetzen hingegen finden sich solche Vorschriften, zumeist innerhalb eines förmlichen Verwaltungsverfahrens[3]. Jedoch muss die Begründung "heute grundsätzlich als gefordert gelten."[4] Dies entspricht auch der Ansicht des BVerfG, das in einem Falle, in dem eine Passbehörde dem Beschwerdeführer eine Passverlängerung ohne Begründung ver-

1) Vergl. dazu: Fellner, VerwArch. 48, S. 104, deutlicher: Becker: "Das allgemeine Verwaltungsverfahren", S. 53: "Aus dem Grundsatz des Parteiengehörs ergibt sich auch das Recht auf Akteneinsicht, ohne das jenes nicht genügend gewährt werden könnte." Vergl. weiter v.Köhler: "Einsicht in Behördenakten," NJW 56, 1460.
2) Fellner, VerwArch. 48, 104.
3) Vergl. § 73 Abs. 3 VwGO: Der Widerspruchsbescheid ist zu begründen ....
4) Forsthoff, Lb. S. 219.

sagt hatte, folgende Ausführungen macht[1]: "Zwar kann sie (die Passbehörde. Anm. des Verfassers) sich dafür auf § 25 Abs. 1 der allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur Ausführung des Passgesetzes ... berufen, der beim Vorliegen besonderer Anweisungen, Ausnahmen vom Begründungszwang zulässt. Solche Ausnahmen sind aber mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz unvereinbar, dass der Staatsbürger, in dessen Rechte eingegriffen wird, einen Anspruch darauf hat, die Gründe dafür zu erfahren; denn nur dann kann er seine Rechte sachgemäss verteidigen."

Aus rechtsstaatlichen Grundsätzen wird also ein Anspruch auf die Begründung hergeleitet[2]. Dies gilt freilich nur für belastende VA'e (" ... dass der Staatsbürger, in dessen Rechte eingegriffen wird ... "), was aber in der praktischen Auswirkung keine Einschränkung für den Betroffenen bedeutet, denn nur bei Vorliegen einer Beschwer wird er sich gegen den betreffenden VA zur Wehr setzen.

Richtig erkennt auch Fellner[3], dass gerade der belastende VA der Begründung bedarf, glaubt jedoch beim Begründungszwang noch Vorbehalte machen zu müssen, "wenn dies untunlich ist oder besondere Rechtsvorschriften etwas anderes bestimmen." Selbst wenn das Bundesverfassungsgericht in der oben zitierten Entscheidung davon gesprochen hat, dass "Ausnahmen mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz unvereinbar seien", muss hier Fellner zugestimmt werden, wenn er in bestimmten Fällen (z.B. bei den sog. tatsächlichen VA'n, etwa bei den polizeilichen Massnahmen im Strassenverkehr) einen Begründungszwang verneint. Es ist ein Gebot der

---

1) BVerfG, BVerfGE 6, 32 (44 unten); anders noch das BVerwG, BVerwGE 1, 311 (312/313): "Da ein VA, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist, ohne jegliche Begründung erlassen werden kann ... ".

2) Vergl. Zschacke: "Die Begründung des VA's und ihre Bedeutung im Verwaltungsstreitverfahren", NJW 54, 413 ff.

3) VerwArch. 48, S. 108; ausführlich zu den Vorteilen einer Begründung: Becker: "Das allgemeine Verwaltungsverfahren" S. 55/56.

Zweckmässigkeit, bei solchen Massnahmen oder bei "Gefahr im Verzug" die Verwaltung vom Begründungszwang zu befreien.
Bei grundsätzlicher Anerkennung des Begründungszwangs müssen doch die genannten Ausnahmen zulässig sein.

b) Die Folgen eines Verstosses gegen den Begründungszwang.

Auch hier ist zu beachten, dass ein fehlerhafter VA nur im Ausnahmefall nichtig, sonst aber nur aufhebbar ist. Dem entsprechend geht die herrschende Meinung auch in dieser Frage dahin, dass bei Verstoss gegen den Begründungszwang der betreffende VA nur aufhebbar ist.[1]

5) Die Schriftform von Verwaltungsakten.

"Das VR enthält keine allgemeinen Vorschriften über die Form der VA'e. Grundsätzlich sind deshalb die VA'e an keine besondere Form gebunden."[2]

Es zeigt sich jedoch, dass oftmals nur die Schriftform den Anforderungen eines kontrollierbaren Rechtsverkehrs genügen kann. Das rechtliche Erfordernis der "Bestimmtheit" eines VA's tritt dabei den blossen Zweckmässigkeitsgesichtspunkten zur Seite. Wenn man bedenkt, dass nach dem jetzigen Zustand ein VA auch durch konkludentes Handeln oder gar Unterlassen ergehen kann[3], wird ersichtlich, dass dieser Zustand rechtsstaatlichen Anforderungen nicht mehr genügt. Einerseits könnten so der Verwaltung Entscheidungen unterschoben werden, die diese gar nicht treffen wollte[3], andererseits hätte ein auf diese Weise ergangener VA eine zu grosse Rechtsunsicherheit für den Betroffenen zur Folge.
Ein sinnvoller Widerspruch gegen einen solchen VA wäre,

1) Vergl. Forsthoff, Lb. S. 219; Eyermann-Fröhler, VwGO-Kom., Anh. zu § 42 Randnr. 8; Schunck- de Clerck, VwGO-Kom. § 42, 2c unter Buchst. ff; W. Jellinek, Lb. S. 269; VGH Freiburg, VerwRspr. Bd. 8, Nr. 169.
2) Forsthoff, Lb. S. 200.
3) Forsthoff, Lb. S. 200/201. Zu Recht weist Forsthoff darauf hin, dass bei der Annahme stillschweigend erfolgter VA'e grosse Vorsicht geboten ist.

llte man von einer prinzipiellen Begründungspflicht sehen, praktisch unmöglich oder für den Betroffenen unötig erschwert, während die Verwaltung beliebig lange Zeit tte, ihrerseits eine Begründung für den VA nachzubringen.

ist deshalb für ein geregeltes Verwaltungsverfahren zu rdern, dass ein VA grundsätzlich begründet werden muss und hriftlich ergehen soll. Begründungspflicht und Schriftrm stehen dabei in engem Zusammenhang. Nach Zweckmässigitsgesichtspunkten (z.B. notwendiges schnelles Einschreien insbesondere der Polizei) müssten auch vom Grundsatz der hriftform Ausnahmen zulässig sein.

Die Verfahrensbeteiligten.

e schon bei der Akteneinsicht, so sind auch hier die Bestimmungen der VwGO bei der Ausgestaltung des Verwaltungsrfahrens zu berücksichtigen, wobei der Kreis der Beteiligen im Verwaltungsverfahren keinesfalls enger, eher weiter ziehen sein wird als im verwaltungsgerichtlichen Verfahn[1] (vergl. §§ 63, 65, 66 und 71 VwGO).

Beteiligt am Verwaltungsverfahren sind deshalb auf den Fall der Antragsteller und die entsprechende Verltungsbehörde, bzw. die Verwaltungsbehörde und der vom erssenen VA Betroffene.

n VA zeitigt jedoch oftmals Wirkungen, die über den Kreis r damit genannten Hauptbeteiligten hinausgehen, Wirkungen so, welche die Interessen Dritter berühren. Eine solche einträchtigung der rechtlichen Interessen Dritter muss, e im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auch (§§ 63, 65 GO), schon im Verwaltungsverfahren berücksichtigt werden, n. diese Dritten sind als Beteiligte zuzuziehen, damit ch ihr Vorbringen beim Erlass des VA gewürdigt und bcksichtigt werden kann.

s Zweckmässigkeitsgesichtspunkten sollte es hier jedoch Ermessen der Verwaltungsbehörden stehen, von der Anforderng gerade des rechtlichen Interesses abzusehen, damit

[1] Fellner, VerwArch. 48, S. 105.

auch solche Personen beigeladen werden können, deren allgemeine Interessen berührt werden. Das formelle Recht solcher Verfahrensbeteiligter müsste freilich auf ein blosses "Recht auf Anhörung" beschränkt bleiben.

K A P I T E L V

rwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit

Der Zusammenhang von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit.

a) Schon seit längerer Zeit wurde im Schrifttum f den Zusammenhang von Verwaltungsverfahren und Verltungsgerichtsbarkeit hingewiesen. Dies geschah zunächst r in Andeutungen, so etwa bei Menger[1], der auf die echtsmittelähnlichkeit" der verwaltungsgerichtlichen fechtungsklage hingewiesen hatte. Deutlicher war Bachof[2] einem Hinweis aus dem Jahr 1950, denn Bachof ging dals schon bei seinen Vorschlägen zu einer bundeseinheitchen VwGO davon aus, dass Verwaltungsverfahren und Verltungsgerichtsbarkeit in einem bestimmten Verhältnis zu nander stehen. In aller Deutlichkeit vertrat Bachof diese sicht dann in seiner Schrift "Wehrpflichtgesetz und Rechtshutz"[3], und diese Schrift wurde zum Anlass einer Auseindersetzung zwischen Bachof und Ule[4], die sich vornehmlich mit befasste, "ob es zulässig und zweckmässig sei, den stanzenweg der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu kürzen zu nsten eines Ausbaues des Vorverfahrens und einer justizrmigen Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens überhaupt."[5]

Sowohl das Verwaltungsverfahren wie der Verwaltungsozess dienen dem Rechtsschutz des Einzelnen, wenngleich

---

"System", 134 ff, insbesondere 139 mit weiteren Nachweisen; Wacke: "Gegenstand und Rechtskraft bei der verwaltungsgerichtlichen Klage", AöR 79, 158 ff und 162 ff; Ule: "Verwaltungsprozessrecht", S. 15.

"Die Vereinheitlichung der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch eine Verwaltungsgerichtsordnung des Bundes", DRZ 1950, 341 (345).

Untertitel: "Eine Untersuchung über Fehlentwicklungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit", vergl. hier S. 16, desgl. Bachof, DVBl 58, S. 6.

Ule: "Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit", DVBl 57, 597 ff; Erwiderung von Bachof: "Nochmals:Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit", DVBl 58, 6 ff; mit anschl. Stellungnahme von Ule, ebenda S. 9 ff.

Bettermann, VVDStRL 17, S. 164.

in unterschiedlicher Intensität. So wird heute als eigentlicher Rechtsschutz oder Rechtsschutz im engeren Sinne nur der gerichtliche Rechtsschutz bezeichnet.[1] Die geschichtliche Entwicklung zeigt allerdings, dass auch die Verwaltungsbehörden schon Rechtsschutzaufgaben wahrgenommen haben. An den Gegensatz von Gneist - Bähr sei nochmals erinnert. Geht man also grundsätzlich davon aus, dass der Rechtsschutz im öffentlichen Recht entweder bei den Verwaltungsbehörden oder bei den Verwaltungsgerichten liegen kann, so ist zunächst zu untersuchen, wer nach geltendem Recht mit den Rechtsschutzaufgaben im öffentlichen Recht betraut ist, die Verwaltungsgerichte oder die Verwaltungsbehörden. Die Klärung dieser Frage ist notwendige Voraussetzung für die Behandlung der Frage, wie sich der Zusammenhang von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit auf die Gestaltung der jeweiligen Verfahrensordnungen auswirkt.

b) Ausgangspunkte nach geltendem Recht.

Um rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen, wurde im Grundgesetz die Stellung der "richterlichen Gewalt", zu der auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit zählt, stark ausgebaut. Die besondere Hervorhebung gerade des gerichtlichen Rechtsschutzes, die zumindest im öffentlichen Recht nicht ganz der Tradition entspricht[2] und wahrscheinlich nur durch die üblen Erfahrungen mit verwaltungsbehördlichem Rechtsschutz während der nationalsozialistischen Zeit zu erklären ist, kommt an verschiedenen Stellen im Grundgesetz zum Ausdruck. Dabei ist Art. 19 Abs. 4 GG hervorzuheben, der in Satz 1 bestimmt: "Wird jemand durch die öffentliche Gewalt verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen." Unter Rechtsweg ist dabei nur der gerichtliche Rechtsweg zu verstehen.[3] Bedenkt man noch, dass der damit eröffnete

1) Vergl. etwa Bachof: "Wehrpflichtgesetz", S. 23/24; M-D, Art. 19 Abs. 4, Randnr. 39.
2) Vergl. Bettermann, VVDStRL 17, 166.
3) Unbestritten, einhellige Meinung.

chtsweg einen Instanzenzug umfasst[1], so ist Bettermann zustimmen, wenn er bemerkt[2], dass der Rechtsschutz des rgers gegenüber der Verwaltung bei und "in reichlichem, elleicht allzu reichem, jedenfalls aber ausreichendem sse" durch die Verwaltungs- und Verfassungsgerichte ge- hrt wird.

nnten bisher trotzdem Zweifel daran bestehen, dass der ei- ntliche Rechtsschutz im öffentlichen Recht nur bei den Ver- ltungsgerichten (von besonderen Zuweisungen abgesehen) egt, so wurden diese Zweifel durch den Erlass der Bun- sverwaltungsgerichtsordnung beseitigt, denn der dort fest- legte Rechtszug mit 3 Instanzen bestätigt nachdrücklich e Bedeutung, die der Gesetzgeber gerade dem gerichtlichen chtsschutz beimisst. Bettermann[3] fasst die Tatsache, dass r Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach der heutigen chtslage bei den Verwaltungsgerichten liegt (von den schon wähnten besonderen Zuweisungen abgesehen), folgender- ssen zusammen: "Für diese Lösung des Rechtsschutzproblems

> haben sich nach 1945 Verfassungs- und Gesetzgeber in Bund und Ländern, wie schon vorher die Besatzungsmächte, entschieden: Durch die verwaltungsgerichtliche Generalklausel, durch die Garantie des Rechtsweges gegenüber jeder Verletzung des Bürgers seitens der öffentlichen Gewalt, durch den Aufbau eines gerichtlichen Instanzenzuges bis zu den oberen Bundesgerichten und durch die Verfassungsbeschwerde, die nicht ... neben, sondern hinter die Verwaltungsgerichtsbarkeit geschaltet ist, den Rechtsweg also verlängert und abschliesst."

n also Ule meint[4], die Frage der Ausgestaltung der Ver- tungsgerichtsbarkeit hänge sehr wesentlich von der Ge- ltung des Verwaltungsverfahrens und insbesondere davon ab, man den Schwerpunkt des Rechtsschutzes bereits in das Ver-

---

Vergl. für die Verwaltungsgerichtsbarkeit etwa Art. 67 Abs. 3 VerfBW, der einen Instanzenzug vorsieht, wobei das Bundesverwaltungsgericht noch nicht mitzählt; auch Art. 19 Abs. 4 wird überwiegend so kommentiert, dass mindestens eine gerichtliche Tatsacheninstanz garantiert wird. Vergl. BGG: Art. 92, Erl. II, 2f; M-D, Art. 19 Abs. 4 Randnr. 47;
VVDStRL 17, S. 168.
VVDStRL 17, S. 167.
VVDStRL 17, S. 240.

waltungsverfahren vorverlege, so geht Ule bei seinen Vorschlägen einfach nicht von der geltenden Rechtslage aus. Richtig muss es deshalb gerade umgekehrt lauten: Die Frage der Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens hängt sehr wesentlich von der (schon getroffenen und vorliegenden) Gestaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ab. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit hat in der VwGO eine abschliessende Regelung erfahren. An dieser Regelung ist das Verwaltungsverfahren auszurichten.

c) Die Folgen daraus für das Verwaltungsverfahren.

Da nun im öffentlichen Recht ein Rechtszug von 3 Instanzen für die Rechtsschutzaufgaben bereit steht, erübrigen sich weitere direkte Rechtsschutzinstitutionen. Diese Überlegung hat zu Gleichungen geführt, wie: "Je mehr und je bessere Verwaltungsgerichtsbarkeit, desto weniger Justizförmigkeit der Verwaltung"[1], "je mehr Verwaltungsgerichtsbarkeit, desto weniger Vorverfahren"[2], und "je mehr verwaltungsgerichtliche Instanzen, desto weniger Verwaltungsinstanzen sind notwendig und vertretbar."[2] Diese Feststellungen wären zutreffend, wenn Verwaltungsgerichte und Verwaltungsbehörden tatsächlich bezüglich des Rechtsschutzes die gleichen Aufgaben zu erfüllen hätten. Diese Aufgaben decken sich jedoch nur zum Teil. Dies ist sofort darzulegen.

2) Zweck und Sinn des Verwaltungsverfahrens als Einrichtung des Rechtsschutzes im weiteren Sinne. Möglichkeiten der "Anpassung" von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Es wäre falsch, wollte man aus den oben getroffenen

1) Vergl. Bettermann, VVDStRL 17, 168; desgleichen Ule, DVBl 57, 597.
2) Vergl. Bettermann, VVDStRL 17, 170.

Feststellungen den Schluss ziehen, ein Verwaltungsverfahren sei vor oder neben der Verwaltungsgerichtsbarkeit überhaupt unnötig und überflüssig. Zwar kann der weisungsgebundene Beamte keinen unabhängigen Richter ersetzen, auch ist die in eigener Sache entscheidende[1] Verwaltungsbehörde kein Ersatz für das als "unparteiischer Dritter" fungierende Gericht[2], aber die Verwaltungsbehörde kann im Verwaltungsverfahren bei der Überprüfung des erlassenen VA's diesen unter Gesichtspunkten prüfen, deren Prüfung den Verwaltungsgerichten versagt ist. So üben die Verwaltungsgerichte in der Regel keine Ermessenskontrolle aus, auch können die Verwaltungsgerichte den betreffenden VA nicht unter Zweckmässigkeitsgesichtspunkten nachprüfen. Darüber hinaus dient aber das Verwaltungsverfahren nicht lediglich der Kontrolle des Verwaltungshandelns, nachdem ein VA erlassen wurde, sondern gerade der Verwaltungskontrolle vor und bei Erlass eines VA's. Gerade darin liegt aber ein sehr wesentliches Rechtsschutzmoment für den Bürger, das von den Verwaltungsgerichten nicht erbracht werden kann. Schon allein die Tatsache, dass die Verwaltung an ein Verfahrensrecht gebunden ist, bedeutet dabei für den Bürger einen Rechtsschutz[3] (zu beachtèn sind dabei auch die "Mitwirkungsrechte" der Beteiligten, wie z.B. der Anspruch auf rechtliches Gehör oder Akteneinsicht[4]). Das Verwaltungsverfahren darf nicht nur als "Vorverfahren" (d.h. Widerspruchsverfahren) vor dem Verwaltungsprozess gesehen werden, wenngleich der für den Betroffenen nach aussen sichtbare Rechtsschutz speziell im Widerspruchsverfahren liegt, da hier Recht- und Zweckmässigkeit des erlassenen VA's von den Verwaltungsbehörden selbst nochmals kontrolliert werden.

Das Verwaltungsverfahren erfüllt somit Aufgaben, die das verwaltungsgerichtliche Verfahren nicht erfüllen kann:

1) So mehrfache Hinweise bei Bachof, DVBl 58, S. 7; desgleichen in "Wehrpflichtgesetz", S.52.
2) Vergl. Bettermann, VVDStRL 17, S. 169.
3) Vergl. Forsthoff, Lb. S. 462.
4) Vergl. dazu Ule, DVBl 57, S. 601.

Rechtsschutz schon vor und bei Erlass eines VA's.

Andererseits ist unverkennbar, dass im Verwaltungsverfahren und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bezüglich verschiedener Punkte die gleiche Arbeit getan wird. Dies gilt für die Erforschung und Feststellung des Sachverhalts, wie auch für die rechtliche Würdigung, die schon beim Erlass des VA's, besonders aber im Widerspruchsverfahren, vorgenommen wird. Zu prüfen ist deshalb, ob nicht zur Vermeidung einer solchen "doppelten Bearbeitung" im gerichtlichen Verfahren Einsparungen gemacht werden können, mit anderen Worten, ob nicht doch bei Vorliegen eines ausgebauten Verwaltungsverfahrens auf eine mehrstufige Verwaltungsgerichtsbarkeit verzichtet werden kann.

a) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit.

Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG garantiert den Rechtsweg gegen jede Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt. Es ist zu klären, was hier unter "Rechtsweg" zu verstehen ist, insbesondere, ob hier schon eine verfassungsrechtliche Entscheidung für einen bestimmten Instanzenzug getroffen wurde. Dürig[1] kommentiert dazu: "Aus der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 folgt nicht, dass jedes gerichtliche Verfahren grundsätzlich 2 Instanzen umfassen müsse" und verweist auf Entscheidungen des BVerfG und des BVerwG[2].

Von vereinzelten Ansichten[3] abgesehen, entspricht es allgemeiner Ansicht, dass Art. 19 Abs. 4 GG die Frage des Instanzenzuges nicht berührt. So entschied das BVerfG[4]: "Das Prinzip des Rechtsstaates gebietet nicht, dass der Rechtsweg in allen Zweigen einen Instanzenzug habe", wozu das Gericht in den Gründen ausführt[5]: "Rechtsweg im Sinne des Grundge-

1) M-D, Art. 19 Abs. 4, Randnr. 45/46.
2) BVerfGE 4, 74 (94); 4, 210 ff; 4, 387 (411); 6, 7 (12); BVerwGE 1, 60; 1, 63; 3, 147; 6, 84; vergl. auch Mangoldt-Klein, Kom. S. 574, 601 ff; Knoll, DÖV 54, 264; Titzck, MDR 53, 397.
3) Vergl. v.d. Heydte, VVDStRL 8, 163.
4) BVerfGE 4, 74.
5) BVerfGE 4, 74 (94 ff).

etzes (damit ist auf Art. 19 Abs. 4 GG Bezug genommen. Anm. es Verfassers) bedeutet den Weg zu den Gerichten als taatlichen Institutionen. Dass der Rechtsweg in allen veigen einen Instanzenzug haben müsse, ergibt sich aus dem echtsstaatlichen Prinzip als solchem nicht."

mit unterscheidet das BVerfG zwischen der Rechtswegarantie, die in Art. 19 Abs. 4 GG enthalten ist, und der usgestaltung dieses Rechtswegs, die nach dem Rechtstaatsrinzip zu treffen ist. Bachof hat auf diesen gewichtigen nterschied verdeutlichend hingewiesen[1], und auch das BVerwG ührt dazu aus[2]: "Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet zwar en Rechtsweg zur Durchsetzung der Rechte gegen die öffentlche Gewalt, hat dagegen die Ausgestaltung des Rechtswegs em einfachen Gesetzgeber überlassen und ihm freigestellt, b er den Rechtsweg einstufig oder mehrstufig gestalten ill."

s BVerwG verweist also, wie das BVerfG[3], bei der Instanzenrage auf die Ausgestaltung der einzelnen Gerichtsbarkeiten urch den Gesetzgeber.

er Erlass der VwGO hat für das Gebiet der Verwaltungsgechtsbarkeit die Frage des Instanzenzuges geklärt. Grundtzlich geht die VwGO von einer dreistufigen Gerichtsrganisation aus: §§ 45 - 50 VwGO. Allerdings enthält die wGO selbst eine erste Durchbrechung dieser grundsätzlichen gelung in § 190 VwGO. Diese "Verlustliste der Rechtsein-it"[4] zeigt, dass mit dem Abbau des verwaltungsgerichtchen Instanzenzuges schon begonnen wurde. Aus den oben tierten Entscheidungen des BVerfG und des BVerwG zu den forderungen an den gerichtlichen Instanzenzug ergibt ch, dass eine Verkürzung des dreistufigen Instanzenzuges

DVBl 58, S. 7; unzutreffend deshalb Ules Kritik (DVBl 58, S. 9) an Bachofs Äusserungen, Ule übersieht oder missversteht Bachofs Hinweis auf S. 7.
Das BVerwG 7, 66 (74).
BVerfGE 4, 387 (411).
So eine Formulierung von Schiedermair , Bericht über die Jahrestagung der Vereinigung der Präsidenten der Verwaltungsgerichte, DÖV 60, 790 (791).

der Verwaltungsgerichtsbarkeit grundsätzlich zulässig ist, soweit sich die Verkürzung in rechtsstaatlich vertretbaren Grenzen hält, fraglich ist nur, aus welchen Gründen dieser Abbau erfolgen darf und wo seine rechtsstaatlichen Grenzen liegen.

Was das Bundesverfassungsgericht als den "Standard des gerichtlichen Rechtsschutzes"[1] für das Gebiet der ordentlichen Gerichtsbarkeit betrachtet, hat das BVerfG schon ausgesprochen[2]: "Hier stehen den Parteien für vermögensrechtliche Streitigkeiten allgemein 2 Tatsacheninstanzen, allerdings steht häufig keine Revisionsinstanz offen. Doch ist schon in der ZPO selbst daraus kein starres Prinzip gemacht, vielmehr lässt sie es in Bagatellsachen, weil es dort sachgerecht ist, bei einer Instanz bewenden."

Überträgt man diese Ausführungen auf das Gebiet der Verwaltungsgerichtsbarkeit - und dies wird zulässig sein[3], da ja der Instanzenzug der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach der VwGO dem Instanzenzug der ordentlichen Gerichtsbarkeit entspricht - so darf nur bei Vorliegen sachgerechter Gründe vom gewöhnlichen Instanzenzug der VwGO - 2 Tatsacheninstanzen, 1 Revisionsinstanz - abgewichen werden.

Das BVerfG hat nun in der schon mehrfach zitierten Entscheidung zum Baulandbeschaffungsgesetz[4] ausgesprochen, dass auch ein besonders ausgebautes Verwaltungsverfahren ein "sachgerechter" Grund für den Wegfall einer Tatsacheninstanz im verwaltungsgerichtlichen Verfahren sein kann. Das Gericht führt aus: " Es wäre nämlich von einer 2. Tatsacheninstanz nach solcher Vorschaltung einer umfassenden Tatsachenprüfung keine weitere Aufklärung zu erwarten gewesen; die Möglichkeit einer Berufung würde nur der Prozessverschleppung Vorschub leisten." Die Frage der Zulässigkeit einer Reduzierung

1) Vergl. Bachof, DVBl 58, S. 7.
2) BVerfGE 4, 387 (411).
3) Vergl. Bachof, DVBl 58, S. 6; "Wehrpflichtgesetz" S. 51/52
4) BVerfGE 4, 387 ff; das folgende Zitat steht auf S. 411/412

es verwaltungsgerichtlichen Instanzenzuges bei Vorliegen
ines Verwaltungsverfahrens muss somit bejaht werden, wenn-
leich sie nur in ganz engen Grenzen vorgenommen werden darf.
utreffend weist nämlich Bachof darauf hin[1], dass die Ver-
altungsgerichtsbarkeit auf einen dreistufigen Instanzenzug
raktisch nicht verzichten kann, da die Verwaltungsgerichts-
arkeit bei ihrer Rechtsprechung Landes- und Bundesrecht an-
enden muss. Bachof führt aus[2]: "Da nun einerseits die
ahrung der landeseinheitlichen Anwendung des Landesrechts
in oberstes Verwaltungsgericht des Landes erfordert, anderer-
eits ebenso zur Wahrung der Rechtseinheit auf dem Gebiet des
undesrechts ein oberes Bundesgericht bestehen muss (von der
iesbezüglichen Vorschrift des Art. 96 GG ganz abgesehen)
o kommt man in der Tat an einer dreistufigen Gerichtsor-
anisation nicht vorbei."

Da man es nun als zulässig betrachtet, den ver-
altungsgerichtlichen Instanzenzug aus dem als sachgerecht
nerkannten Grund eines ausgebauten Verwaltungsverfahrens
u verkürzen und ausserdem viel über die Hypertrophie der
echtsmittel im verwaltungsgerichtlichem Verfahren geklagt
ird, andererseits aber die von Bachof geäusserten Bedenken
u berücksichtigen sind, ist es äusserst problematisch,
elche Instanz tatsächlich entfallen soll. In der Ausein-
ndersetzung zwischen Bachof und Ule[3] blieb dieser Punkt
treitig. Für Ule liegt der entscheidende Gesichtspunkt
arin, dass doppelte Arbeit erspart werden soll: Das Ver-
altungsverfahren dient wesentlich einer umfassenden Sachver-
altsermittlung, weshalb eine gerichtliche Tatsacheninstanz
ntfallen kann. "Wo innerhalb der Verwaltung ein förmliches
eschlussverfahren besteht, das die notwendigen Garantien
ür die richtige Feststellung des dem VA zu Grunde gelegten
achverhalts bietet, erscheint eine 2. verwaltungsgerichtliche

1 Vergl. Bachof, "Wehrpflichtgesetz", S. 17 - 19.
2 Wie Anmerkung 1, S. 17.
3 DVBl 58, 6 ff, ebenda auch das anschliessende Zitat Ules.
Vergl. auch Ule, DVBl 57, 602/603.

Tatsacheninstanz überflüssig." Dieser zunächst sehr einleuchtende Vorschlag Ules kann jedoch vor den von Bachof vorgetragenen Bedenken nicht bestehen. Dies erkennt Ule selbst[1]: "Fällt die 2. Tatsacheninstanz fort, so müssten die

> obersten Verwaltungsgerichte der Länder entweder ganz aufgehoben oder als Revisionsgerichte umgestaltet werden. Ihre völlige Aufhebung kann schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil sie in den landesrechtlichen Streitigkeiten als Revisionsinstanz zur Wahrung der Rechtseinheit innerhalb des Landes unentbehrlich sind. Es kommt daher nur ihre Umgestaltung zu einem Revisionsgericht in Betracht. Da jedoch das Bundesverwaltungsgericht als oberes Bundesgericht zur Wahrung der Rechtseinheit auf dem Gebiet des Bundesrechts erhalten bleiben muss und für zwei aufeinander folgende Revisionsinstanzen kein Bedürfnis besteht, müsste die Revision jedenfalls in allen rein bundesrechtlichen Streitigkeiten an das Bundesverwaltungsgericht gehen."

Der Vorschlag bei Ule ist also nur bei rein bundesrechtlichen Streitigkeiten zu verwirklichen, weshalb Ule selbst zugestehen muss, dass an dem dreistufigen Aufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit festzuhalten wäre. Bachof[2] vertritt deshalb die Ansicht, dass eine Verkürzung des verwaltungsgerichtlichen Rechtswegs bei der Revisionsinstanz vorgenommen werden müsste, und zwar in dem Sinne, dass das BVerwG streng auf die zur Wahrung der einheitlichen Anwendung des Bundesrechts notwendigen Aufgaben zu beschränken sei. Da der Vorschlag Bachofs gleichzeitig eine wirksame Abhilfe gegenüber der Überlastung des BVerwG[3] bedeuten würde - die sog. Filterwirkung der Oberverwaltungsgerichte würde ausgenützt[4] - wäre in dieser Frage die Ansicht Bachofs vorzuziehen, wenngleich hier weniger einsichtig wäre, dass diese Verkürzung des Rechtswegs gerade durch ein Verwaltungsverfahren als sachgerecht erscheint.

---

1) Ule, DVBl 57, 602/603.
2) "Wehrpflichtgesetz", S. 18/19.
3) Vergl. Egidi: "3Jahre BVerwG", DVBl 56, 559 (559/560).
4) Ausführlich dazu Bachof: "Wehrpflichtgesetz", S. 17/18; auch Ule (DVBl 57, 602) erkennt, dass bei seinem Vorschlag diese Filterwirkung entfallen würde, geht jedoch darauf nicht näher ein.

Sachliche Gründe für eine Verlagerung des Rechtsschutzes
ron den Verwaltungsgerichten auf die Verwaltungsbehörden.

Die Rechtsmittelbeschränkungen, wie sie z.B. im LAG
er im Wehrpflichtgesetz vorgenommen wurden, können im Hin-
ick auf das jeweils vorgesehene Verwaltungsverfahren als
ehgerecht bezeichnet werden und sind deshalb zulässig.
b die Rechtsmittelbeschränkungen im Wehrpflichtgesetz
sächlich im Hinblick auf das ausgebaute Verwaltungsver-
ren erfolgten, ist zumindest zweifelhaft.[1]) Eine andere
ge ist nun, ob das, was hier im Einzelfall verfassungs-
htlich als zulässig erkannt wurde, auch sachlich wün-
enswert ist.[2] Grundsätzliche Bedenken äussert hier
hof[3]: "Bei der vom GG vorgenommenen starken Betonung
Eigenständigkeit der rechtsprechenden Gewalt und ihrer
ebung von der Exekutive sind beide Funktionen nicht derart
tauschbar, dass man ein Mehr an verwaltungsinterner Kon-
lle mit einem Weniger an Rechtsprechung kompensieren
nte." Auch Bettermann teilt diese Bedenken[4]: "Aber die
tizförmigkeit der Verwaltung macht die Verwaltungsge-
htsbarkeit nicht entbehrlich. Der weisungsgebundene Ver-
tungsbeamte ist kein Ersatz für den unabhängigen Richter,
in eigener Sache entscheidende Verwaltungsbehörde kein
atz für das als unparteiischer Dritter fungierende Ge-
ht." Die damit angedeutete, auf das Prinzip der Gewalten-
lung hinweisende Problematik, hat Reuss mit seinem Auf-
z "Das Verwaltungsverfahren - psychologisch betrachtet,"[5]
tieft. Mit treffenden Ausführungen wendet sich Reuss hier
Frage zu, ob "die aktive Verwaltung für die Übernahme der
htsschutzaufgabe unter Berücksichtigung der Berufsmentali-
ihrer Träger überhaupt geeignet ist." Reuss verneint

Ausführlich dazu Bachof: "Wehrpflichtgesetz", S. 36 mit Hinweisen auf die Regierungsvorlage und die Verhandlungen im Bundestag.
Vergl. Bachof, DVBl 58, 7.
"Wehrpflichtgesetz", S. 52.
Bettermann, VVDStRL 17, 169.
DÖV 58, 656 ff.

diese Frage eindeutig, denn "die geistige Haltung der Verwaltung ist ihr Bekenntnis zur Aktivität, zu schöpferischer und möglichst ungebundener Initiative, zu Intuition und Erfahrung, ihre Skepsis gegen rationales Denken, gegen Theorie und Intellektualismus sowie - fast folgerichtig - gegen genormtes Recht und gegen jede Art von Gerichten."[1] Bringt man diese Feststellungen nun in Zusammenhang mit den Bemerkungen Forsthoffs von der "Abdrängung des Rechtselements aus der aktiven Verwaltung"[2] und der "Brechung des Juristenprivilegs", so muss man Reuss zustimmen, wenn er schreibt[3]: "Diese Überlegungen zwingen zu dem Schluss, dass eine Schwergewichtsverlagerung des Rechtsschutzes von der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf die Verwaltung erheblichen rechtsstaatlichen Bedenken unterliegt. Nicht nur, weil die im Verwaltungsverfahren entscheidende Behörde ... in aller Regel in eigener Sache entscheiden[4], sondern mehr noch, weil es rechtsstaatlich unerträglich ist, den Rechtsschutz des Bürgers unter Schmälerung des gerichtlichen Rechtsschutzes ausgerechnet dem "engagierten Fachwissen" der Verwaltung anzuvertrauen, gegen deren expansive Dynamik gerade der Rechtsschutz erforderlich ist und begehrt wird."

Aber auch aus ganz anders gearteten Gesichtspunkten ergeben sich Bedenken: Der Verwaltungsbeamte ist in besonderem Masse parteipolitischen Einflüssen ausgesetzt, insbesondere bei seiner Ernennung zum Beamten[5]. Dieser Gesichtspunkt darf nicht ausser Betracht gelassen werden; in Österreich geht man in dieser Frage sogar schon soweit, dass zwischen den Parteien Koalitionspakte abgeschlossen werden, in denen regelmässig auch gleich die Frage der Besetzung

1) DÖV 58, S. 656 (658).
2) Forsthoff: "Der lästige Jurist", DÖV 55, S. 648 (650); vergleiche auch Heckel: "Die Rolle des Juristen in der Fachverwaltung", DÖV 58, 29 ff.
3) DÖV 58, S. 659.
4) Reuss verweist hier auf Bachof, DVBl 58, 6 ff.
5) Vergl. dazu Forsthoff, DÖV 55, S. 648; zum Ganzen vergl. Eschenburg: "Ämterpatronage".

von Beamtenstellen geregelt wird.[1]

Nun besagt der damit festgelegte "Proporz" noch nicht, dass nur noch Angehörige der betreffenden Parteien die Beamtenstellen besetzen, er gibt vielmehr das Zahlenverhältnis an, in dem die Beamtenstellen von Parteimitgliedern besetzt sein dürfen. Das starke und immer deutlicher werdende Interesse der Parteien, auch den Verwaltungsstil zu beeinflussen und den Beamtennachwuchs aus eigenen Reihen zu rekrutieren, kommt jedoch auch in diesem "Proporzsystem" deutlich zum Ausdruck. Hier liegt eine ernste Gefahr für das Beamtentum, der nur sehr schlecht zu begegnen ist, da es nicht möglich ist, einem Beamten grundsätzlich zu verbieten, einer Partei anzugehören. Es sei auch angemerkt, dass auch in Deutschland derlei "Proporzberechnungen" angestellt werden, wobei neben der Parteizugehörigkeit meist auch die Konfession der Beamten diskutiert wird. Offiziell werden diese Gesichtspunkte zwar noch nicht berücksichtigt, jedoch kann schon vor solchen Ansätzen nicht nachdrücklich genug gewarnt werden. Ein objektives und gerechtes Arbeiten der Verwaltungsbehörden wäre bei Berücksichtigung von solchen Gesichtspunkten nicht mehr zu erwarten; ein Blick in die sowjetische Besatzungszone und auf ihre Verwaltung belegt zur Genüge, wie verderblich sich eine politisch gebundene Verwaltung auswirken kann.

Freilich sind auch die Gerichte diesen Gefahren bei der Besetzung der Richterstellen ausgesetzt. Diese Gefahr ist aber erkannt und in den Bestimmungen über die Richterwahl (vergl. Art. 94 Abs. 1, 95 Abs. 3, 98 GG, sowie die Richterwahlgesetze der Länder) soweit als möglich reduziert. Eine stillschweigende Unterwanderung der Gerichte dürfte deshalb wohl ausgeschlossen sein, während dies gerade bei der Verwaltung nicht garantiert ist.

Aus allen diesen Gründen wird man der Übertragung von Rechtsschutzaufgaben auf die Verwaltung sehr skeptisch gegenüberstehen müssen. Dem Rechtsschutz des Bürgers wäre

1) Vergl. G.E. Kafka: "Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien", VVDStRL 17, S. 53 (86/87).

damit nicht gedient. Nur die Gerichte sind ihrer ganzen Position und Ausgestaltung nach in der Lage, Rechtsschutz zu gewähren. Zwar haben, wie oben gezeigt wurde, das BVerfG und BVerwG die Kürzung des gerichtlichen Instanzenzuges im Hinblick auf ein verwaltungsbehördliches Verfahren als sachgerecht und deshalb als zulässig betrachtet. Damit ist aber noch nicht gesagt, ob das Zulässige auch von der Sache her empfehlenswert ist. Dies muss in der hier erörterten Frage verneint werden. Einem Abbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu Gunsten eines Verwaltungsverfahrens ist entgegenzutreten. "Der umfassende verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz ist vielmehr ... geradezu das unentbehrliche Korrelat der Abdrängung des Rechtselements aus der aktiven Verwaltung" und, so ist hinzuzufügen, der einzige vollwertige Ausgleich dafür, dass die Verwaltung regelmässig in "eigener Sache" entscheidet. Damit ist keine Entscheidung gegen das Verwaltungsverfahren an sich gefällt: "Gerade die Gefahren für die Rechtsstaatlichkeit sowohl aus der allgemeinen Berufsmentalität des aktiven Verwaltungsbeamten, wie besonders aus der Zurückdrängung des Rechtselements durch den Zug zum Fachbeamten, machen die rechtsstaatliche Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens dringlich. Schliesslich kann niemand ernsthaft behaupten wollen, dass das Recht auf die Dauer umsomehr gewährleistet sei, je weniger man seinen Sieg organisiert."[1]

1) Reuss, DÖV 58, 659.

K A P I T E L VI

mpfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Verwaltungs-erfahrensrechts?

) Sachliche Gesichtspunkte.

) Die Problemstellung.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass hier die sachichen Gesichtspunkte für eine allgemeine gesetzliche Regeung des Verwaltungsverfahrens zu prüfen sind. Schon ein lüchtiger Überblick über das geltende VR zeigt, dass bisher bei der Regelung des Verwaltungsverfahrens stets so voregangen wurde, dass einer bestimmten materiellen Regelung leich ein "passendes" Verfahrensrecht angehängt wurde, mit nderen Worten: Das Verwaltungsverfahren wurde spezialgeetzlich geregelt. Es muss also untersucht werden, ob überaupt ein Bedürfnis für eine allgemeine Regelung des Veraltungsverfahrens vorliegt.[1]

ine andere Frage ist es, ob eine gesetzliche Regelung des erwaltungsverfahrens empfehlenswert ist. Zutreffend weist imlich Bachof[2] darauf hin, dass die Lösung der Verfahrensrobleme bisher der Entwicklung durch die Gerichte und die echtswissenschaft anvertraut war, woraus man folgern könne, dass auch künftig eine gesetzliche Regelung des Verfahens der Verwaltungsbehörden entbehrlich sein werde. Als eweis für die guten Ergebnisse, zu denen die Gerichte auch ine gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrens kamen, eist Bachof darauf hin[2], dass der Grundsatz des rechtchen Gehörs in Deutschland nach den von der Rechtsprechung ntwickelten Grundsätzen materiell in etwa demselben Umange gilt wie in Österreich, wo diese Frage gesetzlich ge-

[1] So die Fragestellung bei Bettermann, VVDStRL 17, 142.
[2] Vergl. Bachof, VVDStRL 17, 232.

regelt ist. Auch die Frage nach der Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Verwaltungsverfahrens ist deshalb gesondert zu prüfen.

b) Ist eine allgemeine Regelung des Verwaltungsverfahrens möglich und empfehlenswert?

Es hat sich gezeigt, dass im besonderen Verwaltungsrecht die Durchführung mancher Gesetze ein gewisses Verfahren der Verwaltungsbehörden erfordert, und zwar ein auf die materiellen gesetzlichen Bestimmungen abgestimmtes Verfahren. Dieses Bedürfnis nach einem Verfahren zeigte sich jeweils auf denjenigen Verwaltungsgebieten, auf denen einerseits besonders einschneidende Eingriffe des Staates in Rechte oder Belange der Bürger zu erwarten oder andererseits erhebliche Ansprüche der Bürger gegen den Staat zu gewärtigen waren.[1] Es sei hier nur an das Wehrpflichtgesetz oder an das LAG erinnert.

Diese Methode der Regelung des Verwaltungsverfahrens, nämlich die jeweilige und von Gesetz zu Gesetz verschiedene Anpassung des Verwaltungsverfahrens an das materielle Recht, und die Regelung von materiellem Recht und dazugehörigem Verwaltungsverfahrensrecht im gleichen Gesetz, ist die Methode, die in der deutschen Gesetzgebung überwiegend befolgt wird.[2] Der Gedanke, der dieser Methode zu Grunde liegt, ist klar: Den Besonderheiten der betreffenden materiellen Regelungen soll sofort auch in verfahrenstechnischer Hinsicht entsprochen werden.

Dem ist die Methode einer allgemeinen Regelung des Verwaltungsverfahrens gegenüberzustellen; ist sie vorzuziehen?

Eine allgemeine Regelung des Verwaltungsverfahrens setzt einen gewissen Stand der Verfahrenslehren oder der Gesetz-

1) Vergl. v. Hausen - v.d. Heide, DÖV 58, S. 756.
2) Vergl. Bettermann, VVDStRL 17, S. 142.

bung auf diesem Gebiet voraus. Es müssen nämlich Grund-
ige des Verwaltungsverfahrens vorhanden sein, die bei jeder
rbeit im VR wieder auftauchen. Erst wenn solche allgemeinen
d wichtigen Probleme vorliegen, taucht die Frage nach
ner allgemeinen Regelung überhaupt auf. Wie ist dies im
? Lassen sich hier regelnswerte allgemeine Grundzüge
s Verfahrens[1] feststellen?

n wird diese Frage wohl bejahen müssen, wenngleich mit
ner gewissen Vorsicht. Zu Recht weist Bettermann[2] nämlich
rauf hin, dass sich die gesuchten Grundzüge des Verfahrens
r in dem Masse finden lassen, in dem das Verfahrensrecht
ich von dem zugehörigen materiellen Recht ablösen lässt.
lbst wenn man aber diesen Hinweis Bettermanns beachtet,
ssen sich verfahrensrechtliche Grundprobleme erkennen, die
ei nahezu jedem verwaltungsrechtlichen Fall auftreten.

s Ziel des verwaltungsbehördlichen Handelns ist in der
hrzahl aller Fälle ein VA. Deshalb werden am ehesten
ie Probleme, die allgemein beim Erlass eines VA auftreten,
n Inhalt einer allgemeinen Verfahrensregelung ergeben.
bei ist natürlich in formeller und materieller Hinsicht
unterscheiden. Der materiellrechtliche Gehalt eines VA's
st naturgemäss von Fall zu Fall verschieden, dies ist
eben der Verschiedenheit der jeweiligen Sachverhalte
uch durch die Verschiedenheit der einzelnen Verwaltungsge-
iete (besonderes VR) bedingt. Deshalb ist der Feststellung
ettermanns[3], das materielle VR habe seinen Schwerpunkt im
sonderen VR, zuzustimmen, sodass erklärlich wird, dass sich
materiellen VR nur sehr wenige allgemeine Grundsätze fin-
n lassen. So schreibt auch Spanner[4]: "Gegen eine umfassen-

> de Kodifikation des materiellrechtlichen Teils des allgemeinen Teils des VR's bestehen nach wie vor sehr erhebliche Bedenken, weil es infolge der Verschiedenheit der Sachgebiete und der bundesstaatlich

---

1 Unter Verfahren ist im Folgenden das Verwaltungsverfahren zu verstehen.
2 VVDStRL 17, 143.
3 VVDStRL 17, 141.
4 "Gutachten", S. 50/51.

bedingten Kompetenzverteilung sehr schwierig sein dürfte, hier wirklich allgemein geltende Grundsätze zu entwickeln."

Anderes gilt jedoch vom Verwaltungsverfahrensrecht. Welche Förmlichkeiten beim Erlass eines VA's zu beachten sind, ob ein VA begründet sein muss oder wie ein VA zugestellt werden muss, all dies sind Fragen, die sich bei einer Genehmigung nach der Gewerbeordnung in gleichem Mass ergeben wie bei einem Bescheid nach dem LAG oder bei einer baupolizeilichen Genehmigung. Bettermann[1] stellt fest, dass manche Verfahrensfragen für eine allgemeine Regelung "geradezu prädestiniert" sind und führt als Beispiele dazu das Ladungs- und Zustellungswesen, die Berechnung der Fristen und das Verfahren bei Wiedereinsetzung bei Fristversäumung, die Stellvertretung, Beistandschaft und Rechtsberatung der Bürger im Verfahren vor der Verwaltungsbehörde, die Amtshilfe und die Akteneinsicht, die Vollstreckung und das Verwaltungsstrafverfahren an. Zu dieser Aufzählung Bettermanns wird man auch das rechtliche Gehör im Verfahren noch hinzufügen müssen.

Es ist ersichtlich, dass sich damit das Verwaltungsverfahrensrecht in weit höherem Masse einer allgemeinen Regelung anbietet als das materielle VR. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass ein auf jedem Sachgebiet anwendbares Einheitsverwaltungsverfahren möglich wäre, selbst wenn dies das Ziel jeder allgemeinen Regelung sein sollte. Es muss nochmals auf Bettermanns Bemerkung[2] eingegangen werden, dass nur in dem Masse, in dem sich das Verfahrensrecht vom materiellen Recht und die einzelne Verfahrensordnung von dem ihr zugeordneten Rechtsgebiet ablösen lässt, eine Angleichung und Vereinheitlichung möglich ist. Bettermann in seinem Referat[3] und Spanner in seinem Gutachten[4] sind sich darin einig, dass ein Einheitsverfahren für das Gesamtgebiet der Verwaltung unmöglich ist, dass es aber andererseits möglich wäre, ver-

1) VVDStRL 17, S. 149.
2) VVDStRL 17, S. 143.
3) VVDStRL 17, S. 118 (141/142 - 154).
4) "Gutachten", S. 36 - 44.

chiedenen zusammengehörigen Verwaltungszweigen das gleiche
erwaltungsverfahren zuzuordnen. Spanner folgt Bettermann
uch darin, dass die Lösung dieses Problems nur in einem
ompromiss bestehen kann, denn die Fragen, wieweit die
pezialisierung und wieweit die Generalisierung getrieben
erden kann und soll, lässt sich der Sache nach nicht ein-
eutig beantworten.

amit ist das Wunschbild eines Einheitsverfahrens der Er-
enntnis gewichen, "dass der Weg der Gruppenbildung gangbar,
weckmässig und richtig ist."[1]

och auch bei dieser Gruppenbildung sind 2 Methoden möglich,
ämlich eine Gruppierung nach Sachgebieten oder nach den
erschiedenen Verfahrensabschnitten. Wieder ist eine Ent-
cheidung zwischen den genannten Methoden schwierig, und
panner[2] weist, eine Ansicht Bettermanns[3] korrigierend, darauf
in, dass die von Österreich getroffene Lösung wieder eine
erquickung beider Methoden darstellt.

on Folgendem ist auszugehen: Die Zusammenfassung nach Sach-
ebieten bietet den Vorteil, dass innerhalb der getroffenen
usammenfassung ein durchgängiges Verfahren in allen Punkten
eregelt werden kann. Das Problem liegt hier in der Auswahl
er zusammengehörigen Sachgebiete. Teilweise hat hier die
isherige Entwicklung des öffentlichen Rechts schon Vorarbeit
eleistet, sodass ohne weiteres die gesamte Finanzverwaltung
nd die Sozialversicherung als "besondere Sachgebiete" be-
eichnet werden können.[4] Bettermann[4] nennt hier weiter
as Recht der Wehrverwaltung, den Lastenausgleich und die
riegsopferversorgung. Da aber die Hervorhebung eines Ver-
altungsgebietes als besonderes Sachgebiet sowohl augenschein-
iche Besonderheit, wie auch einen gewissen Umfang des Sach-
ebietes voraussetzt, kann hier der Bettermann'schen An-
icht nur teilweise gefolgt werden. Auch Spanner[5] meldet

) Spanner: "Gutachten", S. 37 mit Hinweis auf Bettermann,
VVDStRL 17, 143 ff.
) "Gutachten", S. 38.
) VVDStRL 17, S. 148.
) Vergl. Bettermann, VVDStRL 17, 147; Spanner, "Gutachten",
S. 37/38.
) "Gutachten", S. 38.

hier erhebliche Zweifel an, ohne diese jedoch näher zu begründen. So wird man den Lastenausgleich und die Kriegsopferversorgung nicht als besonderes Sachgebiet im hier entwickelten Sinne bezeichnen müssen, da diese Verwaltungsgebiete rein zeitlich nicht von Dauer sind. Für die Wehrverwaltung lässt sich dies nicht sagen, jedoch ist zu beachten, dass sich die Entwicklung des Wehrrechts zu einem einheitlichen besonderen Sachgebiet erst anbahnt[1]. Dass hier noch nicht einmal ein Anfangsstadium an Einheitlichkeit innerhalb des Wehrrechts erreicht ist, musste Bachof bei seinen Untersuchungen am Wehrpflichtgesetz[2] durchgehend feststellen. Es scheint angebracht und nützlich, die Entwicklung zur Einheitlichkeit innerhalb des Wehrrechts zu fördern, um später ein einheitliches Wehrrecht zu erreichen, dem dann ein entsprechendes Verwaltungsverfahren angepasst werden könnte.

Demgegenüber steht eine Zusammenfassung nach Verfahrensabschnitten. Wohl dem österreichischen Vorbild folgend, hat die bundesdeutsche Gesetzgebung mit dem Verwaltungszustellungsgesetz[3], dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz[4] und dem Ordnungswidrigkeitengesetz[5] mit einer Gruppierung nach Verfahrensabschnitten begonnen. Wenngleich Spanner[6] nun in der Tatsache, dass die Bundesländer diese Verfahrensgesetze des Bundes für den eigenen Verwaltungsbereich rezipiert haben, eine Bestätigung der damit eingeschlagenen Regelungsmethode (nach Verfahrensabschnitten) sieht, muss doch gesagt werden, dass einer Zusammenfassung nach Sachgebieten der Vorzug zu geben wäre. Diese Methode ist "elastischer", denn sie erlaubt in höherem Masse eine notwendige Anpassung an die Eigenarten des jeweiligen Verwaltungsgebietes. Ausserdem geht es nicht an, für jeden ein-

1) Vergl. Bettermann, VVDStRL 17, 147; Reinfried, DÖV 58, 142.
2) Bachof: "Wehrpflichtgesetz und Rechtsschutz";
3) VwZG vom 3.7. 52 (BGBl I, S. 379).
4) VwVG vom 27.4. 53 (BGBl I, S. 157).
5) OWG vom 2553. 52 (BGBl I, S. 177), Endfassung vom 26.7. 57 (BGBl I, S. 861, BGBl II, S. 731).
6) "Gutachten", S. 39.

zelnen Verfahrensabschnitt, der als einheitlich erkannt wird, ein Gesetz zu erlassen. Ein "Gesetz über die Anhörung der Beteiligten im Verwaltungsverfahren," ein "Gesetz über die Begründung von VA'n", ein "Gesetz betreffend die Einhaltung von Fristen im Verwaltungsverfahren" usw. wäre die letzte Konsequenz dieser von Spanner und Bettermann empfohlenen Methode. Das aber kann nicht das Ziel eines Regelungsversuchs des Verwaltungsverfahrens sein, selbst wenn Spanner und Bettermann[1] darauf hinweisen, dass das, was sich von den Einzelregelungen bewährt hat, später zu einem grossen Verfahrensgesetz zusammengefasst werden könnte. Von einer solchen "zusammengestückelten" Verfahrensordnung ist wenig zu halten, denn eine umfassende Einheitsverfahrensordnung wird sich auch auf diesem Weg nicht erreichen lassen. Der Gesetzgeber könnte das gesteckte Ziel deshalb trotz grösster Arbeit nicht erreichen. Demgegenüber empfiehlt sich eine Verfahrensregelung nach Sachgebieten. Innerhalb der einander zugeordneten Sachgebiete wäre ein durchgehend geregeltes Verfahren möglich. Auch hier wäre dann der Fall denkbar - Spanner[2] glaubt das nur für die Methode der Zusammenfassung nach Verfahrensabschnitten feststellen zu können - dass diejenige Regelung eines Sachgebiets, die sich in besonderem Masse als vorteilhaft erwiesen hat, auch für andere Gebiete als anwendbar erklärt und erweitert wird. Die Methode einer Zusammenfassung nach Sachgebieten erscheint deshalb, entgegen den zitierten Meinungen von Bettermann und Spanner, gegenüber einer Zusammenfassung nach Verfahrensabschnitten auf die Dauer als erfolgversprechender und wäre deshalb vorzuziehen.

:) Vorteile einer gesetzlichen Regelung des Verwaltungsverfahrensrechts.

)er Einwand, der stets gegen eine gesetzliche Regelung des 'erwaltungsverfahrens vorgebracht wird, geht dahin, dass die

) Spanner, "Gutachten", S. 39/40; Bettermann, VVDStRL 17, 148.
) "Gutachten", S. 38/39.

Verwaltung durch eine solche Regelung des Verwaltungsverfahrens gehemmt und gelähmt werden könnte. Krüger[1] hat mit dem Stichwort von der "Effizienz der Verwaltung" diesen Punkt besonders angesprochen. Zutreffend ist dabei, dass die Verwaltung auf vielen Gebieten bisher weitgehend formlos verfahren ist. Dabei kann es jedoch nicht bleiben. In immer höherem Masse nimmt der Staat Einfluss auf die Rechtssphäre der Bürger. Bachof[2] spricht geradezu von einer mächtigen, freiheitsgefährdenden Tendenz der staatlichen Macht. Eingriffe in die Grundrechte sind keine Ausnahmeerscheinungen mehr. Die Förmlichkeiten und das Verfahren vor und bei Erlass derartiger VA'e können nicht mehr dem "gesunden Menschenverstand" der Verwaltungsbeamten überlassen bleiben. Zwar geht es zu weit, wenn Bettermann[3] vorschlägt, den Eingriff der Verwaltung von richterlicher Zulassung abhängig zu machen oder gar den Erlass von VA'n in die Hand des Richters zu legen, - das Prinzip der Gewaltenteilung verbietet zumindest das Letztere - aber wenn Bettermann einen Dämpfer für den Tatendrang der mehr ressortbefangenen als rechtsgebundenen[4] Fachbeamten sucht, so kann gerade dieser Effekt durch eine gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrens erreicht werden. Der Nachteil einer geringen Verzögerung des Verwaltungshandelns wäre demgegenüber gering. Darüber hinaus steht gar nicht fest, ob tatsächlich eine solche Verzögerung eintreten würde. Insbesondere Vertreter der Praxis befürworten schon seit längerer Zeit eine Kodifikation des Verwaltungsverfahrens. So bezeichnet Hufnagl[5] die Ausarbeitung einer Verfahrensordnung und einer Verwaltungsverfahrensordnung als eine Notwendigkeit und verspricht sich davon gerade eine Vereinfachung und Beschleunigung der Verwaltung. In die gleiche Richtung geht wohl auch ein Hinweis Bachofs[6], der den Vorzug der öster-

1) VVDStRL 17, S. 221/222, 233/234.
2) "Wehrpflichtgesetz", S. 10.
3) VVDStRL 17, S. 175, 244/245.
4) Vergl. dazu die Aufsätze von Heckel: "Der Jurist in der Fachverwaltung"; (DÖV 58, 29) und Reuss: "Das Verwaltungsverfahren - psychologisch betrachtet", DÖV 58, S. 656 ff.
5) DVBl 1950, S. 559.
6) DVBl 1958, S. 7/8.

reichischen gesetzlichen Regelung des Verwaltungsverfahrens vor allem in der Ausräumung unzähliger, bei uns seit Jahrzehnten fortgeschleppter Streitfragen erblickt. Es lässt sich leicht erkennen, dass nach der gesetzlichen Lösung solcher Streitfragen ein schnelleres Arbeiten der Behörden möglich wäre.[1] In einer solchen Regelung des Verwaltungsverfahrens braucht der Verwaltungsbeamte noch lange keine "Kanalisierung des gesunden Menschenverstandes"[2] zu sehen, denn auch ein Verwaltungsverfahrensgesetz kann eine weitgehende "Nichtförmlichkeit" des Verfahrens anordnen[3], sodass nur in besonderen Fällen förmlich vorzugehen wäre.

Aber nicht nur für den Verwaltungsbeamten wäre eine gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrens von Vorteil. Eine solche Regelung (gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrens für ein bestimmtes Sachgebiet) würde einen neuen, modernen Stil der Gesetzgebung auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrensrechts einleiten und ermöglichen. War bisher der Gesetzgeber gehalten, jedem materiellen verwaltungsrechtlichen Gesetz eine spezielle Regelung des Verfahrens anzuhängen, so könnte bei Vorliegen einer allgemeinen gesetzlichen Verfahrensregelung jeweils diese Verfahrensordnung für anwendbar erklärt werden, allenfalls mit einem Zusatz, in dem dann den Besonderheiten des geregelten (materiellen) Spezialgebietes in verfahrensrechtlicher Hinsicht Rechnung getragen werden könnte. Damit wäre eine erhebliche Erleichterung der gesetzgeberischen Arbeit erreicht, verbunden mit der Gewährleistung ausreichender Einheitlichkeit des Verwaltungsverfahrens innerhalb eines Sachgebietes.

Die Einheitlichkeit der Verfahrensregelungen sollte nicht vernachlässigt werden. Bachof[4] hat eindringlich auf die Systemlosigkeit der Entwicklung des Verwaltungsrechtsschutzes in der Bundesrepublik Deutschland hingewiesen. Bachof führt aus[4]: "Das Fehlen einer bundeseinheitlichen

---

1) Vergl. v.Rosen - v.Höwel, DÖV 52, S. 101 ff.
2) Reuss, DÖV 53, S. 658.
3) Vergl. etwa § 6 des Berliner Verwaltungsverfahrensgesetzes.
4) "Wehrpflichtgesetz", S. 7.

> VwGO führt dazu, von Fall zu Fall aus Anlass der materiellen Regelung irgendeines Rechtskomplexes ein ad-hoc- Verfahren zu schaffen, das ausschliesslich auf die (wirklichen oder vermeintlichen) Bedürfnisse der jeweiligen Rechtsmaterie zugeschnitten ist, eine systematische Einpassung in das Rechtsschutzsystem aber weitgehend vermissen lässt. So greift eine immer grössere Zersplitterung und Unübersichtlichkeit des Verwaltungsgerichtsverfahrens Platz, und die dadurch bewirkte, zum guten Teil durchaus willkürliche Ungleichheit in der Gewährung des Rechtsschutzes ist wahrhaft erschreckend."

Was hier für das verwaltungsgerichtliche Verfahren ausgeführt wurde, lässt sich direkt auf das Verwaltungsverfahren übertragen: Die Unübersichtlichkeit auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrens ist augenscheinlich. Diese Unübersichtlichkeit und Systemlosigkeit der verschiedenen Verwaltungsverfahren könnte schon durch eine gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrens (bei Bildung von Sachgebieten) erheblich herabgesetzt, wenn nicht gar beseitigt werden. Ausserdem würde sich auf diese Weise ein "Standardverfahren" herausbilden, dessen Grundzüge auch der Gesetzgeber bei entsprechendem Erlass von Gesetzen zu beachten hätte, will er nicht das betreffende Gesetz dem Vorwurf eines Verstosses gegen den Gleichheitssatz aussetzen.[1] Bei eventuell geplanten Abweichungen wäre der Gesetzgeber dann gezwungen, diese Abweichungen unter dem Gesichtspunkt der "Sachgerechtigkeit" zu überprüfen, welche Prüfung oftmals nicht vorgenommen worden zu sein scheint.

Auf diesem Weg könnte es gelingen, eine Einheitlichkeit auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrens zu erreichen, womit dem Bürger wie der Verwaltung gedient wäre, nicht zuletzt aber auch dem Gesetzgeber, der bei seiner Gesetzgebung auf den einzelnen Verwaltungsgebieten jeweils auf das betreffende Verwaltungsverfahrensrecht verweisen könnte.

Eine gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrens wäre also im Ganzen gesehen nützlich und zu begrüssen.

2) Die Kompetenz zur Regelung des Verwaltungsverfahrens.

Scheint eine gesetzliche Regelung des Verwaltungsver-

---

1) Näheres dazu: Bachof, "Wehrpflichtgesetz", S. 54 ff.

fahrens nach der oben vorgeschlagenen Methode nützlich und empfehlenswert, so scheitern alle diese Vorschläge, deren letztes Ziel eine gewisse Einheitlichkeit auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrens wäre, an der im GG getroffenen Kompetenzregelung bezüglich des Verwaltungsverfahrens. So klagt Ule, ein Vorkämpfer für eine allgemeine gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrens[1]: "Die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern im GG macht eine befriedigende Lösung des Problems fast unmöglich." Eindeutig steht nämlich fest, dass dem Bund die Kompetenz "zu einer allgemeinen und allumfassenden Regelung des Verwaltungsverfahrens, die für jedes Verfahren jeder bundesdeutschen Verwaltungsbehörde gelten könnte", fehlt.[2] Art. 74 Ziff. 1 ("das gerichtliche Verfahren") in Verbindung mit Art. 72 Abs. 2 Ziff. 3 GG kann für eine Regelung des Verwaltungsverfahrens nicht herangezogen werden, denn der Begriff des gerichtlichen Verfahrens umfasst nicht auch das verwaltungsbehördliche Verfahren[3]. Zur Regelungskompetenz für das Verwaltungsverfahren bemerkt Ule[4]: "Für das Verwaltungsverfahren steht dem Bund aber nur die Zuständigkeit zur Regelung für die bundeseigene Verwaltung (Art. 86 GG) und für die Bundesauftragsverwaltung(Art. 85 GG) zu; für diesen Bereich kann er auch ein allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz erlassen. Dagegen ist er bei Verfahrensvorschriften für den Vollzug von Bundesgesetzen durch die Länder in landeseigener Verwaltung, also für den Regelfall, an die Zustimmung des Bundesrates gebunden (Art. 84 Abs. 1 GG) und kann das Verwaltungsverfahren auch nur von Fall zu Fall, nicht durch ein allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz regeln." Diese, wahrscheinlich nur als Andeutung des Problems gemachte Bemerkung Ules bedarf in mehrfacher Hinsicht der Ergänzung.

Zu Recht beginnt Bettermann[5] seine Behandlung der Kompetenzfrage damit, dass er Abschnitt VII des GG, "die Ge-

1) "Verwaltungsprozessrecht", S. 15.
2) Unbestritten; vergl. etwa Bettermann, VVDStRL 17, S. 154.
3) Auf die "Kompetenz kraft Sachzusammenhanges" sei hier nicht näher eingegangen.
4) "Verwaltungsprozessrecht", S. 15.
5) VVDStRL 17, S. 156 ff.

setzgebung des Bundes", dem Abschnitt VIII, "die Ausführung der Bundesgesetze und die Bundesverwaltung", gegenübergestellt. Vor jeder weiteren Untersuchung kann schon diese Gliederung als ein Indiz dafür bezeichnet werden, dass Kompetenzfragen, die ja zum Komplex der Gesetzgebung gehören, im Abschnitt VII und nicht im Abschnitt VIII des GG geregelt sind.[1] Dies ist als Ausgangspunkt festzuhalten.

Der Gesetzgebungskatalog der Artikel 70 ff GG enthält keine Bestimmungen über das Verwaltungsverfahren, das Verwaltungsverfahren wird erst im Zusammenhang mit der Behördenorganisation in den Art. 84 ff GG erwähnt. Maunz[2] deutet dies nun so, dass "der VIII. Abschnitt im Zweifel... keine Aussagen über die Zuständigkeitsverteilung auf dem Gebiet der Gesetzgebung enthält. Daraus folgt insbesondere, dass auch die Art. 84 Abs. 1, 85 Abs. 1 nicht so betrachtet werden dürfen, als ob sie die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes zum Erlass von Gesetzen organisatorischen Inhalts (konstitutiv) begründeten, sondern so, dass sie sie als Annex der in Art. 73 ff zugeteilten Aufgaben (deklaratorisch) voraussetzen."

Richtig ist hier erkannt, dass (Verwaltungs-) Verfahrens- und Organisationsfragen dem entsprechenden materiellen Recht so nahe stehen, dass die Kompetenz zur Regelung des materiellen Rechts auch die Kompetenz zur Regelung des Verfahrens- und Organisationsrechts einschliesst. Eine solche "Kompetenz kraft Sachzusammenhangs" hat das BVerfG schon bei einer ähnlichen Frage auf dem Gebiet des Polizeirechts bejaht.[3]

Was ergibt sich nun aus diesen Feststellungen für die Verfahrenskompetenz bezüglich der 4 "Verwaltungstypen"[4], die

1) Von den Kompetenzregelungen auf dem Gebiet des Finanzwesens (Abschn. X des GG) sei hier abgesehen.
2) M-D, Art. 83, Randnr. 12; vergl. auch v.Hausen: "Nochmals: Die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers aus Art. 84 u. 85 GG", wo v. Hausen ausführt: "Das Recht des Bundesgesetzgebers zur akzessorischen Regelung der Einrichtung der Behörden und des Verwaltungsverfahrens ist Voraussetzung für die in den Art. 84, 85, 87 b getroffenen Regelungen, nicht deren Folge; vergl. weiter Schäfer, DOV 60, 646.
3) BVerfGE 3, 407 (433).
4) Vergl. M-D, Art. 83 Randnr. 13 mit Hinweis auf Gerner, BayVBl 1955, S. 193.

für den Gesetzesvollzug zur Verfügung stehen.

a) Bei der Ausführung von Landesgesetzen durch Landesverwaltungsbehörden sind die Länder allein für die Regelung des Verwaltungsverfahrens zuständig.[1] Dies ergibt sich aus Art. 30/70 GG in Verbindung mit Art. 83 GG.

b) Werden Bundesgesetze durch Bundesbehörden vollzogen, so ist der Bundesgesetzgeber für die Regelung des Verfahrens der Bundesbehörden zuständig. Dies folgt daraus, dass das Verfahren als "Annex" der materiellrechtlichen Regelungen zu behandeln ist. Ergehen aber die materiellrechtlichen Regelungen, die vollzogen werden sollen , in der Form eines sog. Zustimmungsgesetzes[2], so sind auch die Verfahrensbestimmungen zustimmungsbedürftig; es zeigt sich, dass die Länder in dem damit gezogenen Rahmen auch Einfluss auf die bundeseigene Verwaltung nehmen können. Dieser Einflussnahme kann sich der Bund jedoch dadurch entziehen, dass er die vorgesehenen Verfahrensregelungen nicht in das Gesetz aufnimmt, um sie dann später in der Form von "allgemeinen Verwaltungsvorschriften" zu erlassen; für diese ist nach Art. 86 GG nur die Bundesregierung zuständig.[3]

c) Bei der Behandlung des 3. Verwaltungstyps, der Ausführung von Bundesgesetzen durch Landesbehörden[4], ist nochmals an den Ausgangspunkt zu erinnern, wonach die Kompetenzen in den Artikeln 70 ff GG geregelt sind, und die Artikel 83 ff nur noch bestimmte Einzelheiten bezüglich des Gesetzgebungsverfahrens (notwendige Zustimmung des Bundesrats) enthalten. Danach ergibt sich: Bezüglich des Verfahrens der Landesbehörden bei Ausführung von Bundesgesetzen "konkurrieren Bund und Länder nach Massgabe des Art. 72 und mit der weiteren Einschränkung, dass der Bund nur Rahmenvorschriften erlassen kann, wenn das von den Ländern zu vollziehende Bundesgesetz ein Rahmengesetz nach Art. 75 ist."[3]

---

[1] Vergl. Bettermann, VVDStRL 17, S. 159.
[2] Zu den Zustimmungsgesetzen vergl. M-D, Art. 70 Randnr. 6.
[3] Vergl. Bettermann, VVDStRL 17, S. 159.
[4] Darunter fällt der Landesvollzug von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheit, sowie die sog. Bundesauftragsverwaltung.

aa) Wird das Verfahren in einem Gesetz geregelt, so bedarf dieses Gesetz, falls es nach Art. 83 GG vollzogen werden soll, der Zustimmung des Bundesrats: Art. 84 Abs. 1 GG. Anderes gilt für Verfahrensregelungen bei einem Gesetzesvollzug nach Art. 85 Abs. 1 GG (bei der Auftragsverwaltung). Das Verwaltungsverfahren wird nämlich in Art. 85 Abs. 1 GG nicht genannt. Auf dem Gebiet der Bundesauftragsverwaltung können deshalb Gesetze mit verfahrensrechtlichem Inhalt erlassen werden, ohne dass die Zustimmung des Bundesrats erforderlich wäre. "Die Nichtnennung des Verwaltungsverfahrens in Art. 85 Abs. 1 schliesst nicht die Befugnis des Bundesgesetzgebers zu verfahrensrechtlichen Regelungen im Bereich der Auftragsverwaltung aus, sie bedeutet lediglich, dass insofern ein Zustimmungsgesetz nicht erforderlich ist."[1] Dies entspricht der heute wohl herrschenden Meinung[2], sodass das von Nawiasky[3] vorgetragene Argument, das Verwaltungsverfahren sei in Art. 85 Abs. 1 GG nur versehentlich nicht aufgeführt worden, als widerlegt anzusehen ist.

bb) Ergehen die Verfahrensvorschriften in der Form von Verwaltungsvorschriften oder Rechtsverordnungen, so bedarf der Bundesgesetzgeber dabei der Zustimmung des Bundesrats: Art. 84 Abs. 2, Art. 85 Abs. 2, Art. 80 Abs. 2 GG. Ausnahmen dazu enthalten Art. 87 b Abs. 2, 2, Art. 120 a Abs. 1, 2 sowie Art. 80 Abs. 2 ("der Zustimmung des Bundesrates bedürfen, vorbehaltlich anderweitiger bundesgesetzlicher Regelung ...").

d) Nach dieser Übersicht über die Gesetzgebungszuständigkeite für das Verwaltungsverfahren[4] ist zu fragen, ob sich bei dieser Verteilung der Kompetenzen die Ziele einer gesetzlichen Regelung des Verwaltungsverfahrens erreichen lassen, nämlich eine nach Sachgebieten zusammengefasste, gesetz-

1) M-D, Art. 85 Randnr. 16.
2) Vergl. Bettermann, VVDStRL 17, S. 160; Haas, DVBl 57, 373, dort Anm. 32; v. Hausen, DÖV 60, S. 5.
3) "Grundgedanken", S. 44, ihm folgend Haas, AöR 80, S. 87.
4) Abgesehen von der Finanzverwaltung. Vergl. dazu die diesbezügliche Darstellung bei Bettermann, VVDStRL 17, S. 160 /161.

liche Regelung des Verwaltungsverfahrens, die eine Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrens innerhalb der ausgewählten Sachgebiete unter Auswertung der bisher erarbeiteten Verwaltungsverfahrensgrundzüge mit sich bringt.

Es zeigt sich, dass die Klagen[1] über die Kompetenzregelungen bezüglich des Verwaltungsverfahrens voll berechtigt sind. Was könnte der Bund durchsetzen? Der Bund könnte das Verwaltungsverfahren nur für solche Verwaltungszweige regeln, deren materielles VR seiner ausschliesslichen oder konkurrierenden Gesetzgebung unterliegt.[2] Zu Recht bemerkt Bettermann[2], dass der Bund das Verfahren für den Vollzug von Bundesgesetzen auch losgelöst von diesen speziellen Gesetzen regeln könne, sodass dann die Verfahrensregeln für den Vollzug aller Bundesgesetze oder bestimmter Gruppen von ihnen gelten würden, freilich mit dem Vorbehalt, dass diese allgemeinen Verfahrensregeln des Bundes uneingeschränkt nur für Bundesbehörden gelten, für die Landesbehörden nur dann, wenn und soweit sie Bundesgesetze ausführen. Selbst wenn nun Ule[3] in seinen Beiträgen diesen Weg zu einer gewissen Vereinheitlichung, der übrigens in § 3 OwiG (vom 25.3. 1952; BGBl I, S. 177, letzte Fassung vom 26.7. 57, BGBl I, S. 861) schon beschritten wurde, übersehen hat, so ist doch die damit erreichte Vereinheitlichung gering.

Auf der Gegenseite sind die Länder nur auf den Verwaltungsgebieten, die nicht der ausschliesslichen oder konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes unterliegen vor Abänderungen der von ihnen aufgestellten Verwaltungsverfahrensordnungen durch den Bund sicher. Für die Länder lohnt sich aber dann der erhebliche Arbeitsaufwand für eine gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrens kaum mehr. Dennoch werden es sich die Länder nicht nehmen lassen, auf dem ihnen verbliebenen Bereich Verwaltungsverfahrensgesetze zu erlassen. Damit wäre aber gerade das Gegenteil der erstrebten Vereinheitlichung,

[1]) Vergl. Ule, DVBl 57, 600/601; Bettermann, VVDStRL 17, 161; Bachof, DVBl 58, 7/8.
[2]) Vergl. Bettermann, VVDStRL 17, S. 158.
[3]) DVBl 57, 601.

nämlich eine Aufsplitterung des Verwaltungsverfahrensrechts erreicht. Es wäre eine Illusion, wollte man glauben, Bund und Länder würden nach eventuell sogar gemeinsamer Ausarbeitung von Richtlinien für das Verwaltungsverfahren ihr Verfahrensrecht soweit koordinieren, dass von Einheitlichkeit die Rede sein könnte. Schon Kratzer[1] hat eine solche Idee als optimistisch bezeichnet, Fellner[2] und Bachof[3] beurteilen die bestehenden Möglichkeiten einer Vereinheitlichung nicht weniger skeptisch. Schon etwas resignierend bemerkt Bachof[4] noch, dass man "angesichts der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung für einen föderativen Staatsaufbau den Wert der Rechtseinheit nicht absolut setzen" dürfe. Mit vollem Recht weist Bachof an gleicher Stelle aber darauf hin, dass ein weiteres Auseinanderleben der Länder auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrens nicht nur die Effektivität des Rechtsschutzes, sondern auch diejenige der Verwaltung beeinträchtigen werde.

Die Dringlichkeit einer Vereinheitlichung des Verwaltungsverfahrensrechts wächst stetig. "Auf gewissen Rechtsgebieten ist es zur Sicherung einer gleichmässigen Anwendung des Bundesrechts notwendig, einheitliches Organisations- und Verfahrensrecht auch für die Verwaltung zu erlassen. Einheitliches Verfahrensrecht ist insbesondere dort notwendig, wo in die Rechtssphäre des Staatsbürgers eingegriffen wird. ... Bei anderen Gesetzen, insbesondere solchen, durch die soziale Leistungen gewährt werden und eine Beteiligung der Betroffenen bei der Durchführung des Gesetzes in die Gesetzgebung Eingang gefunden hat, kann der Erlass für das ganze Bundesgebiet einheitlicher Organisationsbestimmungen unerlässlich sein, um zu gewährleisten, dass das materielle Recht überall im gleichen Geiste gehandhabt wird."[5]

Die steigende Zahl solcher "eingreifender" oder "gewährender" Gesetze unterstreicht die Dringlichkeit der Forderung nach einheitlichen Verfahrensregeln.

1) In "der Bayr. Bürgermeister", 1953, S. 78.
2) VerwArch. 48, S. 98.
3) DVBl 58, S. 8.
4) DVBl 58, S. 8.
5) V.Hausen - v.d. Heide, DÖV 58, S. 756.

Man glaube also nicht, ein einheitliches Verwaltungsverfahren dadurch erlangen zu können, dass Bund und Länder gemeinsam Richtlinien erarbeiten, die dann eine Grundlage für die Gesetzgebungsarbeiten in den Länderparlamenten darstellen würden. Diese Richtlinien würden doch nicht beachtet. Wie sollte in einem Bund-Länder-Gremium Einigkeit über schwierige Verfahrensfragen erreicht werden, wenn in der VwGO nicht einmal eine einheitliche Bezeichnung der Oberverwaltungsgerichte durchgesetzt werden konnte (§ 184 VwGO), die einheitliche Bezeichnung vielmehr "der Wahrung der traditionellen Bezeichnung der Oberverwaltungsgerichte in Süddeutschland"[1] geopfert wurde.

Man möge sich nicht mehr mit solchen Vorschlägen, die auch Spanner noch für erfolgreich hält[2], über die Tatsache hinwegtrösten, dass das GG in seinem gegenwärtigen Zustand den Anforderungen nicht mehr genügt, die wegen der vielleicht bei Erlass des GG noch nicht vorhersehbaren, aber tatsächlich erfolgten Entwicklung des Verwaltungsrechts heute an es (das GG) gestellt werden müssen.

Das Gebot der Einheitlichkeit auch des VR's wurde bei den Arbeiten am GG zuwenig beachtet und ging in der Fülle der Probleme unter, die der föderalistische Staatsaufbau mit sich brachte. So ist gerade die Rechtszersplitterung auf dem Gebiet des VR's ein Masstab dafür, wie stark sich föderalistische Ideen in den ersten Nachkriegsjahren durchgesetzt haben.

Man darf das noch vorhandene "allgemeine" VR nicht noch weitergehenderen Rechtszersplitterungen überlassen. Wenn Bachof[3] für diesen Fall"das Ende des deutschen Verwaltungsrechts" prophezeit, so ist dies nicht irgendwelcher Zweckpessimismus, sondern die ernste Mahnung, mit Besonnenheit das wieder zu vereinheitlichen, was man aus dem eigentüm-

---

1 So die Begründung des § 184; zitiert nach Eyermann-Fröhler, Kom., § 184 sub 1.
2 "Gutachten", S. 51.
3 Bachof: "Das Ende des deutschen Verwaltungsrechts"? DÖV 58, S. 27 ff.

lichen Föderalismus der Nachkriegsjahre heraus glaubte einer einheitlichen Lösung nicht zuführen zu dürfen. Für das Gebiet des Verwaltungsverfahrens wäre dazu eine Änderung des Grundgesetzes nötig. Ob dieses Vorhaben, ähnlich der im Jahre 1925 zu gleichem Zwecke vorgenommenen Änderung der österreichischen Bundesverfassung[1], erfolgreich durchgeführt werden könnte, ist sehr fraglich. Immerhin ist anzunehmen, dass das Bund-Länder-Verhältnis, und in diesem Rahmen ist auch die Kompetenzverteilung für das Verwaltungsrecht zu sehen, heute anders gestaltet werden würde als 1948, woraus wieder gefolgert werden könnte, dass der Vorschlag einer diesbezüglichen Verfassungsänderung nicht von vornherein abgelehnt werden würde.

1) Vergl. Spanner, "Gutachten", S. 49.

K A P I T E L VII

Rechtsvergleichende Bemerkungen

Bei einem rechtsvergleichendem Überblick über das Verwaltungsverfahren ist zu erkennen, dass praktisch alle Staaten wenigstens Grundzüge eines Verwaltungsverfahrensrechts aufweisen können. Sehr unterschiedlich ist jedoch das Mass, in dem die einzelnen Länder über solche Ansätze hinausgekommen sind. So unterscheidet Becker[1] Staaten mit hochentwickeltem Verwaltungsverfahrensrecht, Staaten mit nur teilweise entwickeltem Verwaltungsverfahrensrecht und Staaten mit gering entwickeltem Verwaltungsverfahrensrecht. Zur ersten Gruppe zählt er dabei Österreich, Jugoslavien, Polen, die Tschechoslovakei, Ungarn und Spanien, zur zweiten Gruppe Italien, die Schweiz und Schweden, während Finnland, Portugal, Holland und Belgien, vor allem aber Frankreich und Deutschland zur dritten Gruppe gehören.

Da die USA in der sog. Adminstrative Procedure Act vom 11.6.46 ihr Verwaltungsverfahren gesetzlich geregelt haben, wenngleich nur in den Grundzügen, sind auch sie den Staaten mit hochentwickeltem Verwaltungsverfahrensrecht zuzuzählen,[2] selbst wenn nähere Übereinstimmungen mit den kontinentaleuropäischen Typen des Verwaltungsverfahrensrechts nicht gegeben sind, da das System des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsrechtsschutzes im englisch-nordamerikanischen Rechtskreis sich wesentlich von den Systemen der vorher aufgezählten Staaten unterscheidet.

[1]) F. Becker: "Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung", hier S. 62 - 63; vergl. zu den weiteren Ausführungen durchgehend den 2. Teil der Becker'schen Arbeit: Die rechtliche Regelung des Verwaltungsverfahrens in den einzelnen Ländern (S. 62 - 156); vergl. weiter die Berichte über "die gegenwärtige Lage der Verwaltung und der Stand der verwaltungswissenschaftlichen Forschung" in Belgien (A. Molitor), Italien (F. Benvenuti), Spanien (F. G. Falla), Grossbritanien (T.E. Chester), in den skandinavischen Ländern (N. Herlitz), Österreich (P. Heiterer-Schaller) und in der Schweiz (M. Imboden), sämtliche Verw-Arch. Bd. 48, S. 218 - 261, 291 - 351

[2]) Anders Becker: "Das allgem. VV", S. 63.

Es lässt sich eine ganz allgemeine Entwicklung des Verwaltungsverfahrensrechts feststellen. Soweit ersichtlich, wurde die erste Ausarbeitung der Grundzüge eines Verwaltungsverfahrensrechts stets der Rechtsprechung und der Rechtslehre überlassen[1]. Hatten sich dann in Rechtsprechung und Lehre einheitliche Grundzüge herausgebildet, so wurden diese vom Gesetzgeber aufgegriffen und in Gesetzesform gebracht, meist mit der Begründung, dass auch die beste Judikatur Schwankungen unterworfen sei und deshalb aus Gründen der Rechtssicherheit eine gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrensrechts nicht ersetzen könne.[2]

Für jede der im Einzelnen sehr differenzierten Phasen in diesem Entwicklungsgang liessen sich als Beispiele einzelne Länder anführen. Dies würde jedoch im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen, sodass es angebracht erscheint, nur Anfang und Ende dieses Entwicklungsganges an jeweils einem typischen Vertreter darzustellen. Dabei bietet sich eine Darstellung bzw. Beschreibung des französischen und des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts an, da in Frankreich kaum Ansätze zu einer Regelung des Verwaltungsverfahrens zu beobachten sind, Österreich hingegen über die derzeit wohl beste gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrensrechts verfügt.

1) Das Verwaltungsverfahrensrecht in Frankreich.

Allgemein wird in der französischen Rechtslehre die Ansicht vertreten, der Conseil d'Etat[3] sei der eigentliche

1) Mit Ausnahme Spaniens; vergl. Becker: "Das allgem. VV", S. 9, 92 sowie G. Falla: "Die gegenwärtige Lage der Verwaltung in Spanien", VerwArch. 48, 248 (258). Spanien hatte schon 1889 ein Verwaltungsverfahrensgesetz, das laut Falla "einen der erfolgreichsten Versuche zur Feststellung eines Verfahrens für die Tätigkeit der Verwaltung darstellt."

2) Vergl. für Österreich etwa die im Auftrage des Ministerpräsidenten Körber 1904 ausgearbeiteten "Studien über die Reform der inneren Verwaltung" (S. 19) sowie die Hinweise darauf bei Becker, "das allgem. VV", S. 67 und bei Herrnritt, "Das Verwaltungsverfahren", S. 10; vergl. auch E. Melichar, "Das Verwaltungsverfahren", VVDStRL 17, S. 183 (184)

3) Der Conseil d'Etat ist das oberste Gericht der franz. Verwaltungsgerichtsbarkeit; dieses Gericht kann in erster, zweiter oder dritter Instanz tätig werden.

Schöpfer des französischen Verwaltungsrechts. So schreibt Mestre[1]: "Le droit administratif est un droit prétorien, c'est un droit fait par les juges, un droit de jurisprudence beaucoup plus qu'un droit légal." Diese Aussage gilt in Frankreich insbesondere bezüglich des Verwaltungsverfahrensrechts, da weder der Gesetzgeber noch die Verwaltung selbst allgemeine Grundzüge eines Verwaltungsverfahrensrechts festgelegt haben. Zumindest der Verwaltung gegenüber muss diese Feststellung auch als Kritik gelten, da nach der Rechtsprechung des Conseil d'Etat die Verwaltung berechtigt ist, durch sog. règlements administratifs (Verwaltungsverordnungen) das Verwaltungsverfahren auf dem Gebiet zu regeln, das ihnen durch Gesetz anvertraut ist[2]. Von dieser Möglichkeit haben die Verwaltungsbehörden jedoch nur in ganz unzulänglicher und dazuhin systemloser Form Gebrauch gemacht, sodass sich bei Betrachtung der "règlements administratifs" noch keine allgemeinen Grundzüge eines Verwaltungsverfahrens erkennen lassen[3]. Damit blieb das Verwaltungsverfahren der Gestaltung durch die Rechtsprechung überlassen, insbesondere also der Rechtsprechung des Conseil d'Etat.

Der Conseil d'Etat hat in seiner Rechtsprechung stark die Verschiedenheit von Verwaltung und Rechtsprechung betont und hat es deshalb auch abgelehnt, "auf das Verfahren vor den Behörden der aktiven Verwaltung die gleichen Grundsätze anzuwenden, die für den Verwaltungsprozess gelten"[4]. Besonders deutlich wird dies, wenn man bedenkt, dass nach der Rechtsprechung des Conseil d'Etat die unteren Verwaltungsgerichte auch bei Fehlen besonderer gesetzlicher Vorschriften rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze beachten müssen. So schreibt Odent[5]: "Quand il n'y a pas de texte, il n'en résulte pas que les organismes juridictionelles sont libres de statuer comme ils l'entendent. La jurisprudence a dégagé un certain nombre de normes constituant le minimum de procédure qui s'impose même en l'absense de texte, àtoute juris-

1) A. Mestre, "Repetitions écrites de droit administratif", 1935, S. 36; Zitat und Fundstellenangabe nach Becker, "Das allgem. VV", S. 113.
2) Cons. d'Et. v. 18.12. 1927 (comité centrale des armateurs de France, Recueil Cons. d'Et. 223.
3) Auby; Rec. Sirey et Dalloz, 1956, Doctr. 27.
4) Vergl. Becker, "Das allgem. VV", S. 114.
5) Odent, Contentieux administratif, 2, 307.

diction administrative."

Die Verwaltung hingegen soll nicht einmal an diese "Mindestanforderungen eines Verfahrens" gebunden sein, es sei denn bei ausdrücklicher Anordnung durch den Gesetzgeber[1].

So sind nach der Rechtsprechung des Conseil d'Etat nur die Verwaltungsgerichte, nicht aber die Verwaltungsbehörden, verpflichtet, rechtliches Gehör zu gewähren. Eine Ausnahme davon bildet nur das Verfahren bei den sog. sanctions[2]. Diese sind Strafmassnahmen der Verwaltung, vergleichbar etwa den Ordnungswidrigkeiten im deutschen Recht, die als in so hohem Masse in die Persönlichkeitsrechte eingreifend beurteilt werden, dass in solchen Verfahren die sonst nur vor Gericht zu beachtenden und einzuhaltenden "droits de la défense" für anwendbar erklärt wurden. So wird bei Dalloz[3] ausgeführt:

> "En général, les textes qui donnent à une autorité administrative le pouvoir de prononcer des sanctions, prévoient, en même temps, des garanties pour ceux, qui sont susceptibles d'en faire l'objet. Mais, même en l'absence de toute législation ou réglementation à cet effet, la jurisprudence administrative a posé, en principe, qu'aucune sanction ne peut être prise sans que celui qui en est objet, ait été, préalablement, mis à même de présenter utilement sa défense sur les griefs qui lui sont reprochés. Cette obligation pour l'administration de respecter les droits de la défense, est générale et absolue."

Darin ist also ein erster Ansatz der französichen Rechtsprechung zu sehen, auch das Verwaltungsverfahren rechtsstaatlichen Mindestanforderungen anzupassen. Im übrigen aber muss im Verwaltungsverfahren kein rechtliches Gehör gewährt werden. Eine mündliche Verhandlung im Verwaltungsverfahren wird als zeitraubend und der Verwaltung nur hinderlich bezeichnet. So führte der Staatsrat Letourneur[4] auf dem Kongress für Rechtsvergleichung in Barcelona 1956 aus:

> "Dans la mesure où la maxime "audi alteram partem" serait interprétée comme exigeant un débat public

1) Waline: "Traité élémentaire de droit administratif", S. 397
Langrod: "Procédure administrative et droit administratif", Rev.Int. Sc. Adm. 1956, 33.
2) Vergl.: Dalloz, Encyclopédie Juridique, Droit administratif 1959, tome II, "sanctions administratives", pages 838-842.
3) Wie Anm. 2, numéro 14 - 15. /numéro 1 - 4.
4) Zitat nach Becker, "Das allgem. VV", S. 114, Fussnote 18.

> et contradictoire, son application serait exclue par des considerations évidentes d'efficacité: l'action administrative exige une unité de décision de responsabilité; elle reponse sur un principe d'autorité et se prête mal à une discussion préalable."

An allgemeinen Regeln für das Verwaltungsverfahren hat der Conseil d'Etat nur noch den einen Grundsatz entwickelt, dass dem Erlass eines VA's ein Ermittlungsverfahren voranzugehen habe und dass dieses Verfahren pünktlich und unparteiisch durchzuführen sei.

Selbst wenn nun verschiedentlich in der französischen Rechtslehre die Bedeutung des Verwaltungsverfahrensrechts hervorgehoben wird[1], lässt sich doch feststellen, dass das Verwaltungsverfahrensrecht gegenüber dem Verwaltungsprozessrecht stark vernachlässigt wird. Im Hinblick auf das französische Rechtsschutzsystem im VR kann dies nicht erstaunen, denn der Rechtsschutz ist in Frankreich ausschliesslich Sache der Gerichte[2], und die Verwaltung selbst wird vielzusehr als der blosse Interessenvertreter des Staates aufgefasst. Nochmals ist hier auf die Ausführungen des Staatsrats Letourneur[3] hinzuweisen, der in aller Deutlichkeit erklärte:

> "Le droit administratif est par nature un droit d'inégalités, dans lequel le particulier, qui présente des intérets purement privés, ne saurait être mis sur le même pied que l'administration chargée de gérer des services publics dans l'intérêt général. Les prérogatives de puissance publique, conférées à l'administration en vue de la satisfaction de cet intéret général, sont, dans leur principe même, exclusive des garanties judiciaires assurées par une procédure contradictoire tenue devant les tribunaux. L'état est dans une position statutaire vis-à-vis des personnes physiques ou morales, avec lesquelles il entretient des droits; c'est seulement en vertu d'une dérogation special de la loi, qu'une procédure quasi-judiciaire peut intervenir en droit administratif."

Bei dieser Sicht der Verwaltung ist es allerdings angebracht,

---

1) Vergl. Odent: "Les droits de la défense", 61 ff; Marange, Rec. Dalloz 1956, Chron. 121 ff; Guillien, Rec. Dalloz 1955, Chron. 98 ff; Waline, "Traité élémentaire", 397 ff.
2) Dabei schützt der Conseil d'Etat den Einzelnen oftmals wirkungsvoller vor Übergriffen der Verwaltung als es die ordentlichen Gerichte tun; so: Lücking: "Die Grundlagen der franz. Verwaltungsgerichtsbarkeit", S. 104.
3) Zitat nach Becker, "Das allgem. VV", S. 114, Anm. 18.

der Verwaltung keine Rechtsschutzaufgaben anzuvertrauen. Nur der gerichtliche Schutz bedeutet hier wahren Rechtsschutz.

Die obigen Ausführungen gelten mit grösseren oder kleineren Abweichungen auch für Holland, Finnland und Belgien, wobei natürlich die Entwicklung (oder besser: Unterentwicklung) des Verwaltungsverfahrens in Belgien dem Stand der Dinge in Frankreich besonders nahe kommt. Alle diese Staaten sind ohne weiteres als Staaten mit gering entwickeltem Verwaltungsverfahrensrecht zu bezeichnen. Wenn nun Becker[1] im gleichen Atemzuge auch die Bundesrepublik Deutschland nennt, so liegt darin doch wohl eine gewisse Verallgemeinerung. Insbesondere der in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, auf dessen Bedeutung bezüglich des Verwaltungsverfahrens Spanner mehrmals eindringlich hingewiesen hat[2], hat eine weit intensivere Behandlung des Verwaltungsverfahrensrechts in Rechtsprechung und Rechtslehre mit sich gebracht, als dies etwa in Frankreich der Fall ist. Gerade die Bindung auch der Verwaltung an Gesetz und Recht hebt die Verwaltung über eine blosse Interessenvertretung des Staates hinaus. Dies ist eine grundsätzliche Voraussetzung dafür, dass der Verwaltung Rechtsschutzaufgaben (im weiteren Sinne) übertragen werden können. Dieser sehr wesentliche Schritt ist in Deutschland schon getan, und wenn in Deutschland das Verwaltungsverfahren dennoch gegenüber dem Verwaltungsgerichtsprozess vernachlässigt wurde, so liegt dies einfach daran, dass eine zweite Rechtsschutzinstitution zunächst als überflüssig erschien. Ein gesetzlich geregeltes Verwaltungsverfahren ist jedoch eine weitere Garantie dafür, dass das VR nicht als ein "droit d'inégalités" praktiziert wird.

2) Das Verwaltungsverfahrensrecht in Österreich.

Der enge Zusammenhang zwischen Verwaltungsverfahren und Ver-

1) "Das allgem. Verwaltungsverfahren", S. 63.
2) "Gutachten", S. 6 – 15; derselbe, DÖV 58, S. 652/653; vergl. aber auch Melichar, VVDStRL 17, 187 und Reuss, DÖV 58, S. 659.

waltungsgerichtsverfahren wurde schon mehrfach erwähnt. Wie stark sich dieser Zusammenhang auf den Ausbau der beiden Verfahren auswirken kann, lässt sich am Beispiel Österreichs zeigen, das heute über ein hochentwickeltes Verwaltungsverfahrensrecht verfügt. Von besonderem Interesse ist dabei die Entwicklung dieses Rechtsgebiets aus den ersten Ansätzen heraus bis zu seinem heutigen Stand. Ein geschichtlicher Rückblick ist bei einer Darstellung des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts geradezu unerlässlich.[1] Den Ansatz zu der Entwicklung des österreichischen Verwaltungsrechtsschutzes sieht Herrnritt[2] in dem Übergang vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, der sich unter dem Einfluss der konstitutionellen Bewegung im 19. Jahrhundert vollzog. Dieser Übergang brachte mit der Einrichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit die Erfüllung eines der hauptsächlichsten Anliegen des Konstitutionalismus. So wurde durch Gesetz vom 22.10. 1875 (österr. RGBl 36/1876) der österr. Verwaltungsgerichtshof errichtet.

§ 6 dieses Gesetzes traf eine wichtige Vorentscheidung für die Gestaltung des künftigen Verwaltungsverfahrensrechts. Diese Bestimmung lautete: "1) Der VGH hat in der Regel auf Grund des in der letzten administrativen Instanz angenommenen Tatbestandes zu erkennen. 2) Findet jedoch der VGH, dass der Tatbestand aktenwidrig angenommen wurde, oder dass derselbe in wesentlichen Punkten einer Ergänzung bedarf, oder dass wesentliche Formen des Administrativverfahrens ausser Acht gelassen worden sind, so hat er die angefochtene Entscheidung oder Verfügung wegen mangelhaften Verfahrens aufzuheben und die Sache an die Verwaltungsbehörde zurückzuleiten, welche die Mängel zu beheben und hierauf eine neue Entscheidung oder Verfügung zu treffen hat."

Von Bedeutung für das Verwaltungsverfahren ist in dieser Bestimmung, dass der VGH in der Regel an die tatsächlichen

[1]) Vergl. zur geschichtl. Entwicklung: Herrenritt: "Das Verwaltungsverfahren", S. 8 - 12; Hellbling, Kom., Bd. 1 S. 1 -15; Mannlicher-Coreth: "Das Verwaltungsverfahren", in der Einleitung.
[2]) Wie Anm. 1, S. 10.

Feststellungen der letzten Behördeninstanz gebunden ist, sowie, dass der VGH darauf zu achten hat, dass keine wesentlichen Formen des Administrativverfahrens ausser acht gelassen worden sind. Da nun, von ganz wenigen verfahrensrechtlichen Vorschriften in Spezialgesetzen abgesehen[1], noch keine Regeln über das Verwaltungsverfahren bestanden, war damit die Entwicklung solcher Regeln der Rechtsprechung des VGH anvertraut. Die Bindung des VGH an die tatsächlichen Feststellungen der letzten Verwaltungsinstanz veranlasste dabei den VGH, dem Verwaltungsverfahren unter dem Gesichtspunkt der Sachverhaltsermittlung besondere Beachtung zu schenken.

Der VGH zeigte sich der ihm gestellten Aufgabe gewachsen. Das durch seine Rechtsprechung entwickelte Verwaltungsverfahrensrecht wurde von Tezner[2] als "epochale rechtskulturelle Leistung österreichischen Geistes" gefeiert und von Langrod[3] als "den verwaltungsrechtlichen Schöpfungen des Conseil d'Etat vergleichbar" bezeichnet.

So entstanden die Kodifikationen des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts im Jahre 1925 "nicht etwa aus einem völligen Nichts heraus".[4] Neben der Rechtsprechung des VGH, auf die Tezner schon 1896 sein "Handbuch des österreichischen Administrativverfahrens" aufgebaut hatte, beschäftigte sich auch die Rechtslehre in zunehmendem Masse mit den Problemen eines Verwaltungsverfahrensrechts. Hatten dabei die Autoren vor der Jahrhundertwende das Verwaltungsverfahren noch als den"wunden Punkt" der österreichischen Verwaltung[5] und die Schaffung eines allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes als Utopie bezeichnet[6], so richteten sich bald danach ernsthafte Anstrengungen darauf, ein allgemeines Verwaltungsverfahrensrecht zu schaffen. Herrnritt[7]

1) Vergl. Becker, "Das allgem. VV", S. 64.
2) "Das österr. Administrativverfahren", S. XLVI.
3) Rev. Int. Sc. Adm. 1956, 49.
4) Antoniolli, "Allgem. Verwaltungrecht", S. 222.
5) Bernatzik , "Rechtsprechung und materielle Rechtskraft", S. 64 ff.
6) Gumplowicz: "Das österr. Staatsrecht", S. 194 ff.
7) "Das Verwaltungsverfahren", S. 10.

verweist in diesem Zusammenhang auf die Entwürfe (zu einem Verfahrensgesetz) bzw. Gutachten von Pann, Brunstein und Tezner, auf die Arbeiten von Lingg, Lemayer, Brockhausen u.a., auf die von Ministerpräsident v. Körber veranlassten "Studien zur Reform der inneren Verwaltung" (1904) sowie auf die Entwürfe der unter Führung von Freiherrn von Schwartzenau arbeitenden Kommission zur Förderung der Verwaltungsreform (1911).

Diese erfolgversprechenden Ansätze wurden durch den Ausbruch des 1. Weltkrieges zunächst um den Erfolg gebracht.

Das Jahr 1920 brachte für Österreich eine neue Bundesverfassung und wurde, wie Hellbling[1] berichtet, zu einer kritischen Zeit für die Arbeiten an dem Verwaltungsverfahrensgesetz. Es sei erlaubt, die damalige Situation nach dem Hellbling'schen Bericht ausführlich zu schildern, denn sie gibt Anlass zu Vergleichen mit den deutschen Verfassungsarbeiten in den Jahren 1948/49. Hellbling schreibt[1]: "Allen

> mit der Vorbereitung der neuen Verfassung betrauten Persönlichkeiten war es klar, dass die Verwirklichung des Zieles einer Reform des Verwaltungsverfahrensrechts auf unbestimmte Zeit hinausgeschoben wäre, wenn es nicht gelänge, die Verwaltungsverfahrensreform schon in der Verfassung selbst als eines der wichtigsten Ziele festzulegen und die Zuständigkeit hiezu dem Bunde einzuräumen.[2] Denn es stand nicht zu erwarten, dass auf dem gegenständlichen Gebiet jeweils eine einvernehmliche, gleichartige Regelung im Nationalrat und in den 9 Landtagen erreicht werden könnte, vielmehr war anzunehmen, dass eine völlige Zersplitterung des Verwaltungsverfahrensrechts eintreten müsste, vor der die Verwaltung in der Zeit der Monarchie durch das Sanktionsrecht der Krone und seit dem Zusammenbruch des Kaiserstaates notdürftig durch die in den ersten Jahren der Republik noch fortlebende legislative Überlieferung bewahrt worden war. Die kritische Zeit des Jahres 1920 konnte jedoch glücklich überwunden werden und es gelang, in den Kompetenzartikeln des BVG dem Bunde das Gesetzgebungsrecht für das Verwaltungsverfahren ... auch in Angelegenheiten, in denen die Gesetzgebung den Ländern zusteht, vorzubehalten."

1) "Kom. zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen", Bd. 1, S. 8.
2) Die Unterstreichung ist vom Verfasser der Arbeit.

Die Einsicht der österreichischen Verfassungsgeber, dass ein allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz nur dadurch ermöglicht werden kann, dass dem Bund die Kompetenz für diesen Bereich der Gesetzgebung eingeräumt wird, trug im Jahre 1925 ihre Früchte. In diesem Jahre wurden als "Gesetze zur Vereinfachung der Verwaltung" vom 21.7. 1925, BGBl 273 - 277, erlassen: 1. Das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen (EGVG), 2. Das allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG), 3. Das Verwaltungsstrafgesetz (VStG) und 4. Das Verwaltungsvollstreckungsgesetz (VVG). Diese Gesetze traten am 1.1. 1926 in Kraft. Am 23.5. 50 wurden diese Gesetze durch die "Kundmachung der Bundesregierung über die Wiederverlautbarung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrens" (BGBl Nr. 172 /1950) mit geringfügigen Abänderungen in ihrer Gültigkeit bestätigt. Zu Recht schliesst Hellbling[1] aus der Tatsache, dass nach 25 Jahren keine wesentliche Änderung der Verwaltungsverfahrensgesetze nötig war, auf die Güte der vom österreichischen Gesetzgeber im Jahre 1925 geleisteten Arbeit.

Das allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG), auf das hier besonders einzugehen ist, umfasst 80 Paragraphen. Das Gesetz ist in 6 Teile gegliedert, diese wiederum enthalten einzelne Abschnitte. Die 6 Teile des AVG sind:

I Teil: Allgemeine Bestimmungen (§§ 1 - 36)
II Teil: Ermittlungsverfahren (§§ 37 - 55)
III Teil: Bescheide (§§ 56 - 62)
IV Teil: Rechtsschutz (§§ 63 - 73)
V Teil: Kosten (§§ 74 - 79)
VI Teil: Schlussbestimmungen

Die Gliederung des Gesetzes zeigt den Umfang der vorgenommenen Regelung. Nach Melichar[2] sind in diesen 79 Bestimmungen alle wichtigen verfahrensrechtlichen Fragen geregelt, allerdings auch nur die wichtigsten, wie die Zuständigkeit, die Befangenheit von Verwaltungsorganen, der Parteibegriff, die Partei- und Prozessfähigkeit einschliesslich Prozessver-

1) "Kom. zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen", S. 11/12.
2) "Das Verwaltungsverfahren", VVDStRL 17, S. 198.

tretung, Akteneinsicht, allgemeine Fragen über Anbringen, Niederschriften, Aktenvermerke und Erledigungen, Ladungs- und Zustellungswesen, Fristenberechnung, Verhandlungspolizei, die allgemeinen Grundsätze des Ermittlungsverfahrens, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Beweisrecht, Erlass, Inhalt und Form der Bescheide, ordentliche und ausserordentliche Rechtsmittel, Schutz gegen Säumnis der Verwaltungsbehörden, die Rechtskraft von Bescheiden und die Verfahrenskosten.

Auf einzelne, besonders interessante Bestimmungen ist sofort einzugehen.

Die allgemeinen Bestimmungen (§§ 1 - 36) enthalten zunächst eine Regelung der sachlichen und örtlichen Zuständigkeiten, wobei die genaue Regelung der Befangenheitsgründe von Verwaltungsbeamten auffällt (§ 7AVG). Auch werden in § 8 die für die Stellung im Verwaltungsverfahren sehr wesentlichen "Rollen im Verwaltungsverfahren" geregelt, wobei zwischen Beteiligten und Parteien unterschieden wird. Diese Unterscheidung wird jedoch in der österreichischen Rechtslehre stark umstritten, insbesondere deshalb, weil die tatbestandlichen Merkmale ("die die Tätigkeit der Behörde in Anspruch nehmen" und "auf die sich die Tätigkeit der Behörde bezieht") zum Begriff der Beteiligten zu unbestimmt seien.[1]

Im 3. Abschnitt des Teil I wird der "Verkehr zwischen Behörden und Beteiligten" geregelt, wobei § 17 hervorzuheben ist, der die Akteneinsicht regelt. Allgemein wird in Österreich zwar die Ansicht vertreten, dass sich die Akteneinsicht auch aus den Vorschriften über das rechtliche Gehör ergeben würden.[2] Da es aber in früheren Hofkanzleidekreten den Behörden direkt verboten gewesen war, den Parteien Mitteilungen aus den Akten zu machen[3], hielt man eine direkte gesetzliche Regelung für angebracht, zumal damit auch klargestellt wurde, dass die Gewährung der Akteneinsicht nicht Ermessenssache, sondern Pflicht der Behörden ist.

1) Vergl. die Darstellung bei Becker, "Das allgem. VV", S. 71.
2) Vergl. statt aller: Herrenritt, "Das Verwaltungsverfahren", S. 65.
3) Wie Anm. 2, S. 65, Anm. 1.

Neben einer ausführlichen Regelung des Zustellungswesens (§§ 21 - 31) sind ferner die Ordnungs- und Mutwillensstrafen (§§ 34 - 36) zu erwähnen, die von dem Verwaltungsorgan, das eines der Amtshandlungen des § 34 leitet, ausgesprochen werden können. Auf die Ähnlichkeit mit der gerichtlichen Sitzungspolizei ist hinzuweisen.

Da der Verwaltungsgerichtshof in der Regel an den von den Verwaltungsbehörden festgestellten Sachverhalt gebunden ist, ist die Sachverhaltsermittlung und das Ermittlungsverfahren ein Schwerpunkt des AVG.

Nach § 37 AVG besteht der Zweck des Ermittlungsverfahrens darin, "den für die Erledigung einer Verwaltungssache massgebenden Sachverhalt festzustellen und den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben." Da aber besondere Verwaltungsgebiete auch besondere Ermittlungsverfahren erforderlich machen können, bestimmt § 39 Abs. 1, dass für die Durchführung des Ermittlungsverfahrens nähere Verwaltungsvorschriften[1] massgebend sind. Bestehen keine solche Vorschriften, so hat sich die Behörde bei ihrem Vorgehen von der Rücksicht auf möglichste Zweckmässigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen. (§ 39 Abs. 2 Satz 2 AVG).

"Die tragende Säule jedes rechtsstaatlichen Verfahrens ist die Wahrung des Parteiengehörs" stellt Melichar[2] fest und verweist mit grosser Genugtuung darauf, dass dies die einheitliche Auffassung der österreichischen Literatur, Judikatur und vor allem auch der gesamten Bevölkerung sei. Das rechtliche Gehör ist deshalb mehrfach im AVG verankert: §§ 37 und 45 Abs. 3 AVG; soweit nach § 57 AVG ein Bescheid im sog. Mandatsverfahren ohne Ermittlungsverfahren und rechtliches Gehör erlassen werden kann, hat der Betroffene das Recht zur "Vorstellung" (§ 57 Abs. 2), die Vorstellung wiederum hat zur Folge, dass die Verwaltung nun ein Ermittlungs-

1) Unter Verwaltungsvorschriften sind in Österreich alle Rechtsquellen des VR's zu verstehen; vergl. den Hinweis von Merkl, VVDStRL 17, 227.
2) VVDStRL 17, 200; vergl. auch Herrenritt, "Das Verwaltungsverfahren", S. 85.

verfahren einzuleiten hat (§ 57 Abs. 3), sodass der Betroffene auf diesem Umweg doch rechtliches Gehör erlangen kann. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs erleidet sonach keine Durchbrechung.

Der Teil III des AVG handelt von den Bescheiden. Nach §§ 58 Abs. 2/60 AVG sind die Bescheide ausführlich zu begründen. Der Bescheid kann nach § 62 Abs. 1 AVG schriftlich oder mündlich ergehen.

Wenn Teil IV des AVG mit "Rechtsschutz" überschrieben ist, so sind hier nur die Einrichtungen gemeint, "deren Aufgabe es ist, demjenigen, der sich durch ein Verhalten der Behörde beschwert fühlt, Abhilfe zu gewähren"[1].
Nach österreichischem Recht werden im Verwaltungsrechtszug ordentliche und ausserordentliche Rechtsmittel unterschieden. Die ordentlichen Rechtsmittel sind die Berufung und die Vorstellung (letztere im Falle des sog. Mandatsverfahrens; vergl. insgesamt §§ 63, 57 Abs. 2, 36 Abs. 2 AVG), während unter den ausserordentlichen Rechtsmitteln die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 71 und § 72 AVG) und die Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 69/70 AVG) zu verstehen sind.

Auch der Widerruf von Bescheiden wird im AVG geregelt. Es wurde im Kapitel IV dieser Arbeit dargelegt, dass weder Widerruf noch Rücknahme Fragen des Verfahrensrechts sind. Scheint deshalb die Regelung des Widerrufs in einem Verfahrensgesetz zwar als systematisch falsch, so kann doch die österreichische Regelung für sich in Anspruch nehmen, den Anforderungen der Verwaltungspraxis in vollem Masse genügt zu haben. Aus Gründen der Systematik sind jedoch gegenüber der Bestimmung des § 68 AVG Bedenken anzumelden.

Teil V des AVG regelt die Verfahrenskosten, Teil VI enthält die Schlussbestimmungen.

Ein Überblick über den österreichischen Verwaltungsrechtsschutz zeigt, dass in Österreich eine wesentlich engerere Beziehung zwischen Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren besteht als in Deutschland. Der Verwaltungsgerichtshof ist das einzige Verwaltungsgericht und wird da-

1) Hellbling, "Kom. zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen", Bd. 1, S. 367.

zuhin nur als "Revisionsinstanz" tätig, da er nach § 41 Verwaltungsgerichtshofgesetz (VwGG) in der Fassung von 1952 bei seinen Erkenntnissen an den von der belangten Behörde angenommenen Sachverhalt gebunden ist; hier ist tatsächlich der verwaltungsgerichtliche Prozess die direkte Fortsetzung des verwaltungsbehördlichen Verfahrens, wobei das Urteil des Gerichts auf den von der Verwaltungsbehörde festgestellten Sachverhalt aufgebaut wird. Aus dieser Tatsache folgt auch, dass in Österreich eine gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrens in höherem Masse ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit ist als in Deutschland. Man stelle sich in Deutschland vergleichsweise den verwaltungsgerichtlichen Prozess ohne gesetzlich geregelte Prozessordnung vor. Ohne Zweifel wäre ein solcher Zustand nicht mit rechtsstaatlichen Anforderungen vereinbar.

Die Ermittlung des Sachverhalts steht im Mittelpunkt jedes gerichtlichen Prozesses und ist deshalb in jeder Prozessordnung eingehend geregelt. Da nun in Österreich die Verwaltungsbehörden den Sachverhalt mit bindender Wirkung feststellen, üben sie damit eine Tätigkeit aus, die strengster rechtlicher Kontrolle bedarf. Dazu war eine gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrensrechts nötig.

In Österreich üben die Verwaltungsbehörden mindestens insoweit gerichtliche Funktionen aus, als sie den Sachverhalt mit Bindungswirkung für den VGH feststellen. In Deutschland wäre ein solcher Zustand unter dem Gesichtspunkt einer wesentlichen Durchbrechung der Gewaltenteilung nicht mit dem GG vereinbar. In Österreich hingegen tritt diese Problematik (Verstoss gegen die Gewaltenteilung) hinter der Feststellung zurück, dass es sich bei dem Verwaltungsverfahren lediglich um einen Sonderfall des Rechtsprozesses handelt. Insbesondere Merkl[1] vertrat diese Ansicht, die heute der herrschenden Lehre in Österreich entspricht. So unterscheidet Wolff[2] in seinem "Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts" 5 Prozessarten, das Verwaltungsverfahren, das strafgerichtliche, das zivilgerichtliche, das verfassungsgerichtliche und das verwaltungsgerichtliche Verfahren. Auch die Bemerkung Pfeifers,[3]

1) Merkl, "Allgem. VR", S. 213 ff.
2) Wolff: "Grundriss des österr. Zivilprozessrechts", S. 3 ff.
3) VVDStRL 17, S. 221.

auch das Verwaltungsverfahrensrecht sei letztlich Prozessrecht, geht auf diese Ansicht zurück.

So sehr nun das österreichische AVG als gesetzgeberische Leistung zu bewundern und als Ausdruck rechtsstaatlichen Bemühens zu achten ist, so muss doch vor Nachahmungen solcher Gesetzgebung in Deutschland gewarnt werden, wenn sie in dem Bestreben vorgenommen wird, das verwaltungsgerichtliche Verfahren überflüssig zu machen. Selbst eine durch ein Verwaltungsverfahrensgesetz zur Einhaltung der Gesetze "erzogene"[1] Verwaltung kann mit ihrer Tätigkeit ein Gericht nicht ersetzen. In Deutschland ist nämlich der Rechtsschutz, und dazu gehört auch die Feststellung des Sachverhalts, den Gerichten anvertraut, und ihnen darf er nicht entzogen werden.

Bachof[2] hat festgestellt, und darin ist ihm zu folgen, dass der 3-stufige Rechtszug in Deutschland zu aufwendig und zu zeitraubend sei, sowie, dass ein 3-stufiger Rechtszug über das hinausgehe, was als Mindestanforderung an einen Rechtszug überhaupt gestellt werden müsste. Der Vergleich mit der Regelung des Verwaltungsrechtsschutzes in Österreich hat gezeigt, dass bei Vorliegen eines ausgebauten Verwaltungsverfahrens durchaus nicht 3 gerichtliche Instanzen zur Gewährung ausreichenden Rechtsschutzes nötig sind. Insoweit kann also der Feststellung zugestimmt werden, dass ein Verwaltungsverfahren ein "sachgerechter" Grund für eine Reduzierung des gerichtlichen Instanzenzuges sein kann. Sonach wäre auch in Deutschland eine Reduzierung des Verwaltungsrechtszuges auf das verfassungsrechtlich haltbare Minimum, das freilich genau bestimmt werden müsste, bei Vorliegen eines gesetzlich geregelten Verwaltungsverfahrens begründet. Hier liegen die Möglichkeiten und der Zweck einer Verwaltungsverfahrens-Gesetzgebung in Deutschland und damit wäre auch - insoweit ist der österreichischen Rechtslehre zuzustimmen - eine weitere Vervollkommnung des Rechtsstaates in Deutschland erreicht. Es darf allerdings nicht verkannt

1) Vergl. Schima, VVDStRL 17, S. 231.
2) "Wehrpflichtgesetz", S. 16.

werden, dass eine allgemeine gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrensrechts durch den Bund erst nach einer Verfassungsänderung - das Beispiel Österreichs hat die Notwendigkeit dazu aufgezeigt - verwirklicht werden kann. Dieser Weg der Kodifikation ist damit praktisch ausgeschlossen. Auch von Vereinbarungen des Bundes mit den Ländern ist derzeit wenig zu erhoffen, sodass eine allgemeine gesetzliche Regelung des Verwaltungsverfahrensrechts noch lange Vorarbeiten erfordern wird.

Zusammenfassung

I) Der Begriff des Verwaltungsverfahrens.

Es ist zu unterscheiden der Begriff des Verwaltungsverfahrens an sich, der Begriff des Verwaltungsverfahrens im Sinne des Grundgesetzes und der Begriff des Verwaltungsverfahrens im Sinne von Art. 84 Abs. 1 GG.

1) Der Begriff des Verwaltungsverfahrens an sich kann sich auf jedes Verfahren in Verwaltungsangelegenheiten beziehen. Rein inhaltlich kann er, bei weiter Interpretation, auch das verwaltungsgerichtliche Verfahren umfassen (Stichwort: Das verwaltungsgerichtliche Verfahren ist Fortsetzung der Verwaltung mit anderen Mitteln).

2) Der Begriff des Verwaltungsverfahrens im Sinne des Grundgesetzes ist anders zu interpretieren. Den Regelungen des Grundgesetzes liegt der Gedanke der Gewaltentrennung zu Grunde. Zwischen der Tätigkeit von Verwaltungsbehörden und von Gerichten ist deshalb zu unterscheiden. Der Begriff des Verwaltungsverfahrens im Sinne des Grundgesetzes bezieht sich auf das Handeln der Verwaltungsbehörden; die Tätigkeit der Gerichte wird mit dem Begriff "gerichtliches Verfahren" erfasst. Diese Auslegung im formellen Sinne ergibt sich aus der Gegenüberstellung der Begriffe "Verwaltungsverfahren" und "gerichtliches Verfahren" in Art. 84 Abs. 1 und 74 Ziff. 1 GG. Die Entstehungsgeschichte der Art. 84 und 74 GG, sowie die geschichtliche Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, belegen ebenfalls, dass zwischen Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren zu unterscheiden ist.

3) Der Begriff des Verwaltungsverfahrens i.S. von Art. 84 Abs. 1 GG.

Durch die Stellung und den Gebrauch des Begriffs Verwaltungsverfahren in Art. 84 Abs. 1 GG wird der Begriff des Verwaltungsverfahrens im Sinne des Grundgesetzes in mehrfacher Beziehung noch weiter eingeschränkt.

a) Der Begriff des Verwaltungsverfahrens i.S. von Art. 84 Abs. 1 GG umfasst nicht die Verwaltungsorganisation. So eng die Beziehungen zwischen Verwaltungsverfahren und Verwaltungsorganisation auch sein mögen, gemäss Art. 84 Abs. 1 GG sind

Verwaltungsverfahren und Verwaltungsorganisation zu unterscheiden, der Wortlaut des Art. 84 Abs. 1 GG erfordert dies. Der Begriff der "Einrichtung der Behörden" in Art. 84 Abs. 1 GG umschreibt dabei die Verwaltungsorganisation. Das Recht der Behördenorganisation umfasst das Recht zum Ausbau schon bestehender Behörden, das Recht zur Neuerrichtung von Behörden, sowie das Recht zur Regelung der Zuständigkeiten und des behördeninternen Verfahrens (Stichwort: Das Organisationsrecht regelt das "Wer" des Verwaltungshandelns).

b) Der Begriff des Verwaltungsverfahrens i.S. des Art. 84 Abs. 1 GG umfasst nur das externe Verfahren der Verwaltungsbehörden; "Verwaltungsverfahren i.S. des Art. 84 Abs. 1 GG ist nur die Gesamtheit der auf den Bürger wirkenden Verfahrensbestimmungen."[1] Dies ergibt sich aus der Gegenüberstellung von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsorganisation.[2]

c) Der Begriff des Verwaltungsverfahrens i.S. des Art. 84 Abs. 1 GG umfasst nicht nur das förmliche, sondern auch das formfreie Verwaltungsverfahren. Dies folgt aus dem Zusammenhang des Art. 84 Abs. 1 GG mit den Artikeln 30, 70, 83 ff GG, wonach eine Auslegung des Art. 84 Abs. 1 GG geboten erscheint, welche die Eigenständigkeit der Länder begünstigt. Die Länder sind aber nicht nur an einer Einflussnahme auf die Bestimmungen über das förmliche Verwaltungsverfahren interessiert, sondern im gleichen Masse auch an Regelungen, die das formfreie Verwaltungsverfahren betreffen.

d) Das Verwaltungsverfahren i.S. des Art. 84 Abs. 1 GG bezieht sich nur auf das Verfahren bei hoheitlichen Handlungen der Verwaltungsbehörden. Dies folgt daraus, dass das Verwaltungsverfahren zu den Rechtsschutzeinrichtungen im weiteren Sinne zählt. Öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz benötigt der Bürger jedoch nur gegenüber hoheitlichen Handlungen der Verwaltungsbehörden (Rechtsverkehr zwischen übergeordnetem Staat und untergeordnetem Bürger), bei fiskalischem

1) M-D, Art. 84 Randnr. 18.
2) Vergl. M-D, Art. 84, Randnr. 17/18.

(externem) Handeln der Verwaltungsbehörden wäre ein Verwaltungsverfahren sinnlos, denn hier, im Rechtsverkehr zwischen Gleichgeordneten, erübrigt sich ein weiterer Rechtsschutz für den Bürger.

4) Nähere Definition des damit entwickelten Begriffes des Verwaltungsverfahrens i.S. von Art. 84 Abs. 1 GG.

Unter den Begriff des Verwaltungsverfahrens fallen die Regeln über das Verwaltungshandeln bis zur Verwaltungsvollstreckung oder bis zum Übergang des betreffenden Falles in das Verwaltungsstreitverfahren.

Das Verwaltungsverfahren ist das Willensbildungsverfahren und das Willenserklärungsverfahren der Verwaltung. So zählen zum Verwaltungsverfahrensrecht die Regeln über das Zustandekommen, die Form und Bekanntmachung, den Vollzug, die Anfechtung von Entscheidungen der Verwaltungsbehörden sowie deren Kontrolle durch Verwaltungsbehörden.[1]
Im einzelnen[2] sind dies die Bestimmungen über Ladung und Zustellung, die Verfahrensbeteiligten, die Vertretung im Verfahren, die Akteneinsicht, allgemeine Fragen über Anbringen, Niederschriften, Aktenvermerke und Erledigungen, Fristenberechnung, Verhandlungspolizei, die allgemeinen Grundsätze des Ermittlungsverfahrens, insbesondere die Regeln über das rechtliche Gehör, das Beweisrecht, Erlass, Inhalt und Form von VA'n, sowie die Pflicht zur Begründung derselben, ordentliche und ausserordentliche Rechtsmittel, Schutz gegen Säumnis der Verwaltungsbehörden, Verfahrenskosten und die Verwaltungsvollstreckung ("technisches" Verwaltungsrecht).

5) Das Verwaltungsverfahrensrecht i.S. von Art. 84 Abs. 1 GG umfasst nicht das gesamte allgemeine VR, vielmehr ist zwischen allgemeinem formellem und allgemeinem materiellem VR zu unterscheiden. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass in Art. 84 Abs. 1 GG nur das Verwaltungsverfahren und die Ein-

1) Vergl. etwa Bettermann, VVDStRL 17, S. 176 Leitsatz 7.
2) Vergl. etwa Melichar, VVDStRL 17, S. 198.

richtung der Behörden genannt sind. Diese Beschränkung der Länder wäre sinnlos, wollte man unter Verwaltungsverfahren das gesamte (materielle und formelle) VR verstehen.[1]

Das materielle Recht enthält die Voraussetzungen, nach denen sich die Begründung, Aufhebung und Veränderung von Rechten und Pflichten richtet. Zum materiellen (Verwaltung-) Recht gehören deshalb "auf jeden Fall die Regeln, die darüber Auskunft geben, ob eine Verwaltungsbehörde regelnd eingreifen darf, ob sie Rechte und Pflichten begründen, aufheben oder abändern darf".[2] Dem entspricht, dass auch die Vorschriften, die dem Bürger gegenüber der Verwaltung Rechte und Pflichten zumessen, materielles VR darstellen.

Von den materiellen Berechtigungen des Bürgers gegenüber den Verwaltungsbehörden sind die formellen-verfahrensrechtlichen Berechtigungen des Bürgers gegenüber der Verwaltung zu unterscheiden. Letztere sind nur Berechtigungen innerhalb eines Verfahrens, sog."Teilnahmerechte". Zwischen materiellen subjektiven Rechten und formellen subjektiven Rechten ist zu unterscheiden.

6) Widerruf und Rücknahme von Verwaltungsakten gehören zum materiellen VR[3], desgleichen die Aufhebung des nichtigen VA's durch die Verwaltungsbehörden. Nur insoweit, als Widerruf und Rücknahme ihrerseits VA'e darstellen, unterliegen auch sie den Regeln des Verwaltungsverfahrensrechts.

II) Die Kodifizierung des Verwaltungsverfahrensrechts.

1) Die Kompetenzen zur Regelung des Verwaltungsverfahrensrechts.

"Der Bund hat keine Kompetenz zu einer allgemeinen und umfassenden Regelung des Verwaltungsverfahrens." Dieser Leitsatz Bettermanns[4] hat sich als richtig erwiesen, desgleichen

1) Vergl. Bachof, DÖV 58, S. 28.
2) BVerwG, NJW 1961, 1130 (1131).
3) Anderer Ansicht Bettermann, VVDStRL 17, S. 176.
4) VVDStRL 17, S. 179; von der Finanzverwaltung sei hier abgesehen.

seine weiteren Feststellungen zur Verteilung der Regelungskompetenzen zwischen Bund und Ländern. Die wesentlichen Leitsätze Bettermanns dazu lauten,[1]

a)"Soweit der Bund nach Art. 73 ff GG gesetzgebungsbefugt ist, kann er auch den Vollzug seiner Gesetze regeln (Annex-Kompetenz), auch generell für alle Bundesgesetze oder bestimmte Gruppen von ihnen, nicht nur jeweils für ein bestimmtes Einzelgesetz und in ihm.

b) Für das Verfahren der Verwaltungsbehörden des Bundes ist dieser ausschliesslich kompetent. Der Zustimmung des Bundesrates bedürfen solche Verfahrensvorschriften nur dann, wenn und soweit das Gesetz, dessen Vollzug sie regeln, zustimmungsbedürftig ist.

c) Für das Verfahren der Landesverwaltungsbehörden sind die Länder ausschliesslich kompetent, sofern es sich nicht um die Ausführung von Bundesgesetzen handelt.

d) Im Bereich der Ausführung von Bundesgesetzen durch Landesbehörden konkurrieren Bund und Länder nach Massgabe des Art. 72 und der weiteren Einschränkung, dass der Bund nur Rahmenvorschriften erlassen kann, wenn das von den Ländern zu vollziehende Bundesgesetz ein Rahmengesetz nach Art. 75 ist." (Bezüglich der Zustimmung des Bundesrats sind die Art. 84 Abs. 1 und 2, sowie 80 Abs. 2 GG zu beachten).

e) Bei dieser Verfassungslage ist der Erlass einer allgemein geltenden Verwaltungsverfahrensordnung nicht möglich, sodass das Verwaltungsverfahrensrecht einer grossen Rechtszersplitterung ausgesetzt ist. Diese Erkenntnis hatte den österreichischen Verfassungsgeber im Jahre 1920 veranlasst, dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für das Verwaltungsverfahren zu übertragen. Ob ein entsprechender Antrag auf eine Änderung des Grundgesetzes Erfolg haben könnte, muss bezweifelt werden, nicht zuletzt deshalb, weil die Länder nach politisch unklugen Übergriffen des Bundes in Landesrechte (Fernseh-Streit) jeglichen unitarischen Tendenzen mit grösstem Misstrauen begegnen werden.

1) VVDStRL 17, S. 179.

2) Sachliche Argumente für eine Kodifizierung des Verwaltungsverfahrensrechts.

Eine Kodifizierung des Verwaltungsverfahrensrechts wäre von der Sache her zu begrüssen. Zwar zählt das Verwaltungsverfahrensrecht nur zu den Rechtsschutzinstitutionen im weiteren Sinne, jedoch hat es auch neben oder vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit eigenständige Bedeutung: Es dient dem Rechtsschutz schon vor und bei Erlass eines VA's und ermöglicht eine Ermessenskontrolle, die den Verwaltungsgerichten in der Regel versagt ist. Aus Gründen der Rechtssicherheit darf das Verwaltungsverfahrensrecht nicht lediglich der Entwicklung durch die Rechtsprechung überlassen bleiben.

Eine "Lähmung" der Verwaltung durch ein Verwaltungsverfahrensgesetz könnte dadurch ausgeschlossen werden, dass nur bei besonders gravierenden Eingriffen in die Rechte der Bürger förmlich zu verfahren wäre.

Auch für den Gesetzgeber würde ein allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz eine Erleichterung seiner Arbeit mit sich bringen. Bei Erlass materiellrechtlicher Gesetze könnte bezüglich des Verfahrens stets auf das Verwaltungsverfahrensgesetz verwiesen werden, wobei die Erfordernisse des speziellen Fachgebietes durch entsprechende Ausnahmen in der Verfahrensgestaltung berücksichtigt werden könnten.

3) Ein ausgestaltetes Verwaltungsverfahren rechtfertigt jedoch nicht einen Abbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit.
Der Rechtsschutz ist nach dem Grundgesetz den Gerichten übertragen. Deshalb ist das Verwaltungsverfahren an die bestehende Verwaltungsgerichtsordnung anzupassen, nicht umgekehrt die Verwaltungsgerichtsordnung an das Verwaltungsverfahren.

In Deutschland verbietet sich deshalb auch eine daningehende "Anpassung" von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren, dass von den Verwaltungsbehörden im Verwaltungsverfahren mit für die Verwaltungsgerichte bindender Wirkung der Sachverhalt festgestellt wird, womit eine ge-

richtliche Tatsacheninstanz eingespart werden könnte. Eine solche Regelung würde jedoch dem Grundsatz der Gewaltenteilung widersprechen, da den Verwaltungsgerichten mit der Feststellung des Sachverhalts ein wesentlicher Teil der nur ihnen übertragenen Rechtsprechung entzogen würde.

Da nach der VwGO im Verwaltungsrechtsweg dem Bürger 3 Instanzen zur Verfügung stehen (so der Regelfall) braucht das Verwaltungsverfahren nur insoweit ausgebaut werden, als es Aufgaben erfüllt, welche die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht erfüllen kann, nämlich die Gewährung praeventiven Rechtsschutzes. Unter diesem Gesichtspunkt ist das Verwaltungsverfahren auszugestalten und zu kodifizieren und stellt dann auch einen wesentlichen Beitrag zur Rechtsstaatlichkeit in der Bundesrepublik Deutschland dar.

L E B E N S L A U F

Am 6. 11. 1934 wurde ich als 3. Kind meiner Eltern, Dr. med. Otto Ferger und Ida Ferger, geb. Rall, in Reutlingen ge - boren. Ich habe 4 Geschwister.
Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Ich besuchte die Volksschule in Reutlingen bis zur 4. Klasse und daran anschliessend, ab 1945, das humanistische Friedrich - List - Gymnasium in Reutlingen.
Am 8. 3. 1954 legte ich die Reifeprüfung am Friedrich - List - Gymnasium in Reutlingen ab und begann im Sommersemester 1954 das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Tübingen. Ich studierte an den Universitäten in Tübingen und Heidel - berg (5. Semester) und bestand an der Universität Tübingen am 12. 12. 1958 die erste juristische Staatsprüfung.
Seit dem 2. 1. 1959 stehe ich als Gerichtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg.